

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

---

DES  
**CONTRATS PERMIS ENTRE ÉPOUX**

---

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'acte public sur les matières ci-après sera soutenu le  
Samedi 30 Juin 1900, à 10 heures du matin

PAR

RENÉ DE CHAZETTES DE BARGUES

---

*Président* : M. SALEILLES.

*Suffragants* : { MM. PLANIOL, } *professeurs*  
COLIN. }

---

PARIS

V. GIARD & E. BRIÈRE

LIBRAIRES-ÉDITEURS

16, Rue Soufflot, 16

—  
1900







Digitized by the Internet Archive  
in 2026

DES

**CONTRATS PERMIS ENTRE ÉPOUX**

---

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation  
aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être  
considérées comme propres à leurs auteurs.

---

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

---

DES  
**CONTRATS PERMIS ENTRE ÉPOUX**

---

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'acte public sur les matières ci-après sera soutenu le  
Samedi 30 Juin 1900, à 10 heures du matin

PAR

RENÉ DE CHAZETTES DE BARGUES

---

*Président* : M. SALEILLES.

*Suffragants* : { MM. PLANIOL, } professeurs  
COLIN. }



PARIS

V. GIARD & E. BRIÈRE

LIBRAIRES-ÉDITEURS

16, Rue Soufflot, 16

---

1900



## INTRODUCTION

---

### **Des contrats permis entre époux.**

La matière des obligations est aujourd'hui dominée par le principe de la liberté des conventions énoncé formellement dans l'article 1123. Sauf certaines clauses que la loi prohibe dans les vues d'intérêt public, les parties sont libres de régler comme elles le jugent convenable les effets de leurs contrats.

Dans ces conditions, comment la question des contrats entre époux peut-elle se présenter ? La difficulté, disons-le tout de suite, provient de l'article 1595 qui interdit la vente entre époux ; alors se pose la question de savoir si ce texte n'est qu'une application particulière au contrat de vente, d'une prohibition générale de contracter que le Code aurait établie entre époux, ou si ce n'est qu'une exception spéciale.

Dans le premier cas, il faudra la généraliser, et dans le second, l'interpréter restrictivement comme toutes les exceptions.

Le système général de notre législation ainsi dégagé, notre étude portera sur les contrats permis, soit qu'ils aient été spécialement prévus, soit qu'ils aient été passés sous silence par le Code. Nous rechercherons en dernier lieu, l'état de la question dans quelques législations étrangères.

---

## PREMIÈRE PARTIE

---

### Théorie générale des contrats permis entre époux.

Avant d'aborder la recherche du principe général adopté par le Code civil, il nous semble indispensable de demander d'abord aux sources historiques quelques éclaircissements qui faciliteront les explications dans lesquelles nous allons entrer.

#### I

##### DES CONTRATS ENTRE ÉPOUX EN DROIT ROMAIN

Tant que le mariage se pratiqua sous la forme d'une *conventio in manum*, il ne pût être question de contrats entre époux, car la femme perdait en quelque sorte son individualité, son patrimoine se confondait avec celui du mari, par conséquent, aucun contrat entre époux ne peut se concevoir sous ce régime. Mais le jour où le mariage avec *manus* tomba en désuétude, les actes de la vie juridique

furent rendus possibles entre époux, la femme pourvue d'un patrimoine propre put s'obliger envers le mari, et contracter avec lui ; des textes formels l'établissent pour les contrats les plus importants :

La vente (1), la société (2), le mutuum (3), le gage (4).

La loi romaine se contenta de frapper les contrats purement fictifs destinés à masquer une libéralité, ou une remise prématurée de la dot.

## II

### DES CONTRATS ENTRE ÉPOUX DANS L'ANCIEN DROIT

Les pays de droit écrit, adoptèrent ici comme ailleurs, la règle romaine ; mais dans les pays de coutume, on ne suivit pas le droit romain dans cette voie de la liberté des contrats. La considération que cette liberté pourrait avoir pour résultat de faire passer les biens d'une famille dans l'autre, domina tout l'ancien droit, et le principe de la conservation des biens dans les familles, l'emporta sur la liberté contractuelle entre époux.

« Pour protéger efficacement les héritiers du sang, il (l'ancien droit) ne se contente pas de défendre les donations entre époux, il veut encore prévenir tous les avantages

(1) Loi 12, *au Digeste*, livre XIX, titre V.

(2) Loi 16, *au Digeste*, livre XXXIV, titre I.

(3) Loi 28, § 13, *au Digeste*, livre XXXIV, titre IV.

(4) Loi 7, § 6, *au Digeste*, livre XXIV, titre I.

indirects, libéralités déguisées qui dépouilleraient la famille au profit du conjoint (1) ».

« Le mari, dit la coutume du Bourbonnais, ne peut durant le mariage, faire aucune association, donation, ou autre contrat avec sa femme » (2).

« Gens mariés, dit la coutume de Normandie, ne peuvent céder, donner ou transporter l'un à l'autre quelque chose que ce soit, ni faire contrats ou confessions par lesquels les biens de l'un viennent à l'autre en tout ou en partie » (3).

Enfin, la coutume du Nivernais nous enseigne que « gens mariés, constant mariage, ne peuvent contracter au profit l'un de l'autre (4). »

Notre droit français, dit Pothier, a été beaucoup plus attentif à prévenir tous les avantages indirects que des conjoints par mariage pourraient se faire par les différentes espèces de contrats qui interviendraient entre eux pendant le mariage, et par lesquels ils transporteraient l'un à l'autre quelque chose de leurs biens. « Cela a pareillement lieu dans les coutumes qui ne s'en sont pas expliquées, c'est pourquoi Dumoulin sur l'art. 156 de l'ancienne coutume de Paris n° 5 pose pour maxime que des conjoints ne peuvent, pendant leur mariage, faire aucun contrat

(1) Guillouard, *De la Vente*, 1, page 160.

(2) Art. 226, *Cout. du Bourbonnais*, chap. X.

(3) Art. 419. *Cout. de Normandie*, chap. XV.

(4) Art. 27, *Cout. de Nivernais*, chap. XXIII.

(5) Pothier, *Des donations entre mari et femme*, n° 78.

entre eux sans nécessité. *Nullum contractum etiam reciprocum facere possunt nisi ex necessitate.* »

Comme le témoigne le passage cité par Pothier, les coutumes admirent pourtant les contrats à titre onéreux nécessaires. Dumoulin donne l'exemple du partage. « *Sed nonne vivi possunt dividere rem communem? Possunt* (1). »

La coutume de Normandie, qui défendait en général tous les contrats entre époux (art. 410), apportait déjà une importante dérogation en permettant à la femme de recevoir en remploi les biens de son mari (art. 411). « La coutume n'avait intention que de défendre les contrats qui seraient faits en fraude, et pour se faire avantage l'un à l'autre (2). »

On se heurtait avec cette prohibition, à bien des difficultés pratiques, et il est certain que la liberté contractuelle alla grandissant à mesure que disparut le principal motif qui l'avait fait naître, la préoccupation d'empêcher les biens de passer d'une famille dans l'autre, et que des exceptions furent admises toutes les fois que l'opération fut sincère, et ne servit pas à dissimuler un avantage indirect.

C'est ainsi que la coutume de Bourgogne admit les contrats entre époux, s'ils étaient faits avec le consentement des héritiers présomptifs de ceux-ci. « Le mari et la

(1) Pothier, sur art. 156. ancienne *Cout. de Paris*, n° 3.

(2) Basnage, sur l'art. 411, t. II, page 178.

femme, dit l'art. 26, ne peuvent faire traité, donation, confession ou autres contrats, constant leur mariage, ou testament ou ordonnance de dernière volonté, ou autrement, si ce n'est du consentement des plus proches parents vivants, qui devraient succéder au mari et à la femme. »

D'Argentré, dans son commentaire sur l'article 221 de la coutume de Bretagne, montre bien cette préoccupation du droit coutumier d'empêcher, en défendant les contrats entre époux, les biens patrimoniaux de passer d'une famille dans l'autre au détriment des héritiers présomptifs de l'époux aliénateur. « *In voluntaria alienatione non est ferendum alteri ab altero adimi rerum patrimonialium et avitarum potestatem.* »

Enfin, Lebrun écrivait : « Comme il est certain qu'en droit romain, une femme pouvait contracter avec son mari, ainsi il y a divers cas où cela est permis dans notre droit. » Il cite notamment les contrats entre époux séparés de biens. « Rien n'empêche, dit-il, qu'un mari et une femme séparés ne contractent l'un avec l'autre, pourvu qu'ils ne se donnent ni directement, ni indirectement, »

On voit que tout ceci n'était ni très net, ni très uniforme, ni très arrêté dans notre ancien droit. Quant au droit intermédiaire, il n'adopta, dit Troplong, ni les rigueurs du droit coutumier, ni les tempéraments du droit romain, et il laissa aux époux toute liberté pour s'avantager.

La loi du 17 nivôse an II proclama cette liberté, dans son art. 14 et alla même jusqu'à déclarer ces donations irrévocables.

### III

#### DES CONTRATS ENTRE ÉPOUX SOUS LE CODE CIVIL

Tel est l'état de la question lors de la rédaction du Code civil. Il nous faut maintenant rechercher si les rédacteurs sont partis du principe coutumier, et, avant d'arriver à l'étude de chaque contrat en particulier, il est indispensable d'examiner d'une manière générale, si les contrats sont ou non autorisés entre époux, et si la prohibition de l'art. 1595 forme le droit commun de la matière, ou au contraire n'est qu'une exception.

Le Code ne s'est pas expliqué. Nous remarquons seulement, qu'à côté de l'interdiction de la vente, il a légitimé certains contrats, et que les autres sont passés sous silence. Nous rechercherons donc, si l'on peut dégager une solution générale, mais nous sommes amenés à penser que la règle coutumière, n'a pas dû à cette époque, être prise en grande considération, sa principale raison d'être, la conservation des biens dans les familles, ayant disparu.

Le Code a-t-il admis comme principe général dans les relations entre époux, la capacité de contracter, ou leur a-t-il, au contraire, interdit de former entre eux pendant toute la durée de l'association conjugale, aucun contrat, de quelque nature qu'il puisse être ? En d'autres termes, l'article 1595, qui prohibe la vente, n'est-il que l'application de ce qui serait le droit commun entre conjoints, ou n'est-il

qu'un texte tout à fait exceptionnel, et, par suite, soumis à une interprétation restrictive ?

Un point tout d'abord est certain : c'est que notre législation ne contient aucun texte général, qui établisse formellement entre les époux une interdiction de contracter. Aucune disposition de notre loi ne déclare, à titre de principe, que les conjoints sont, d'une manière générale, frappés de l'incapacité de faire l'un avec l'autre des conventions. Dès lors, en l'absence d'interdiction de cette nature, il paraît tout naturel d'appliquer aux époux les mêmes règles qu'à toute autre personne.

Or, l'un des principes qui dominent tout notre droit, est celui de la *liberté des conventions*, énoncé dans l'article 1123 : « Toute personne peut contracter si elle n'en est pas déclarée incapable par la loi. »

La capacité est donc la règle générale, en matière de contrats, et l'incapacité, l'exception. Si les rédacteurs du Code avaient voulu défendre d'une manière générale aux époux de contracter, ils auraient dû s'en expliquer expressément, car, ainsi que nous l'indique l'art. 1123 lui-même, l'exception à la capacité de contracter ne peut résulter que d'une disposition de la loi.

Les contrats sont donc permis entre époux pendant le mariage, et à défaut de tout autre argument, celui que nous venons de dégager serait suffisant. Mais il se trouve, en outre, que dans plusieurs textes, le Code a lui-même prouvé qu'il entendait bien que tout contrat n'était pas impossible entre conjoints.

En effet, les art. 279, 1099, 1395, 1435, 1451 et 1577 supposent bien tous des contrats permis entre époux. Reprenons chacun de ces textes.

ART. 279. — « Les époux déterminés à opérer le divorce par consentement mutuel, seront tenus de faire préalablement inventaire et estimation de tous leurs biens meubles et immeubles, et de régler leurs droits respectifs sur lesquels il leur sera néanmoins libre de transiger ».

Ce texte est aujourd'hui abrogé avec le divorce par consentement mutuel, mais l'argument à en tirer, pour ce qui concerne la recherche du système des rédacteurs du Code, au sujet des contrats entre époux, conserve toute sa valeur. Transiger, c'est là un contrat prévu par la loi, et organisé dans des conditions particulièrement sévères. L'art. 2044, en effet, exige, par exception aux règles ordinaires des conventions, que ce contrat soit rédigé par *écrit*. Rappelons aussi les sévérités toutes particulières établies par l'art. 467 lorsqu'il s'agit pour le tuteur de transiger au nom du mineur. Et cependant, ces sévérités n'avaient pas empêché les rédacteurs du Code d'autoriser formellement la transaction entre époux.

ART. 1099. — « Les époux ne pourront se donner indirectement au-delà de ce qui leur est permis par les dispositions ci-dessus. Toute donation déguisée ou faite à personnes interposées sera nulle ».

Ce texte est tout à fait probant. Déclarer nuls les contrats entre époux quand ils déguisent une donation, n'est-ce pas là donner nettement à entendre que dans le cas contraire,

c'est-à-dire quand ils ne contiennent pas de donation déguisée, ces contrats sont pleinement valables ? Qu'on prétende généraliser l'art. 1595, ce serait enlever toute utilité à l'art. 1099 relatif aux donations déguisées.

Quant à l'art. 1395 qui défend d'apporter aucun changement aux conventions matrimoniales, après le mariage, il est de toute évidence, que cette défense serait inutile, si toute convention était interdite entre les époux pendant toute la durée de leur union. Remarquons ici que si les contrats demeurent permis en principe entre les conjoints, ceux-ci ne doivent pas porter atteinte au principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales.

En cas de séparation de corps ou de biens, la communauté ainsi dissoute peut, dit l'art. 1451, être rétablie du consentement des deux parties.

Toujours dans le même ordre d'idées, l'art. 1435 nous montre qu'en cas de remploi, et lorsque l'acquisition est effectuée par le mari, pour le compte de sa femme, et sans mandat de la part de celle-ci, la validité de ce remploi est subordonnée à l'acceptation de la femme. Elle doit accepter pour que l'immeuble acquis vienne remplacer celui qui avait été aliéné.

Signalons enfin l'art. 1577 dont la prescription est très probante, très significative. « Si la femme donne sa procuration au mari pour administrer ses biens paraphernaux avec charge de lui rendre compte des fruits, il sera tenu vis-à-vis d'elle *comme tout mandataire* ». La femme dotale peut donc donner un mandat à son mari. A l'inverse,

l'art. 1420 trouve que la femme peut recevoir un mandat de son mari. — Nous aurons à revenir sur ces dispositions.

De tout cela, il résulte donc, que notre Code est parti du principe d'autorisation générale des contrats entre époux. L'art. 1595 est une disposition exceptionnelle ; généraliser l'incapacité qu'il établit pour le contrat de vente, ce serait aller à l'encontre des règles les plus sûres d'interprétation. *Exceptio est strictissimæ interpretationis*. Ce serait ériger l'exception en un principe.

Ajoutons que, une autre preuve de la spécialité de l'interdiction du contrat de vente entre époux pourrait s'induire de cette remarque que la rubrique du chapitre II, livre III, titre VI du Code civil, « qui peut acheter ou vendre », démontre que les dispositions qui y sont contenues, régulent la capacité des personnes en ce qui a trait au contrat de vente en particulier ; c'est au titre III du livre III « Des contrats et des obligations conventionnelles en général », qu'il faut se référer pour trouver les dispositions qui réglementent en principe les contrats et c'est dans la section II « de la capacité des parties contractantes » que doivent être recherchées les règles qui déterminent les conditions de capacité relativement aux contrats en général. Or, c'est le principe de la liberté des conventions qui est consacré par ces dispositions.

Au reste, si nous recherchons les raisons qui ont fait interdire expressément le contrat de vente entre époux, il nous sera loisible de constater que ces motifs lui sont tout

particuliers. « Le projet de loi, dit le tribun Faure, dans son rapport au Tribunat au nom de la section de législation (séance du 12 ventôse an XII) défend la vente entre époux, à moins qu'il ne s'agisse de cessions de biens faite l'un à l'autre en paiement de sommes légitimement dues ou pour tenir lieu de remploi, en un mot, de cessions qui, fondées sur des droits incontestables, soient à l'abri de tout soupçon d'avantage indirect ».

« Sans cette précaution, en vain la loi des donations aurait fixé ce que les époux peuvent se donner, elle serait trop facilement éludée (1) ».

Ce motif de crainte des donations déguisées qui a visiblement déterminé le législateur à prohiber la vente entre époux, était aussi indiqué dans l'exposé des motifs de Portalis. « Entre personnes si intimement unies, il serait bien à craindre que la vente ne masquât presque toujours une donation. »

La doctrine a dégagé les trois motifs suivants de cette prohibition ; la loi considère : 1<sup>o</sup> qu'il aurait été trop facile aux époux de se faire à l'aide de ventes simulées, ou faites à vil prix, des libéralités excédant la quotité disponible.

En d'autres termes, les époux seraient ainsi arrivés aisément à éluder les restrictions imposées par la loi au droit qu'ils ont de s'avantager mutuellement (art. 1099).

2<sup>o</sup> Que les conjoints auraient pu ainsi imprimer à ces libéralités un caractère d'irrévocabilité que la loi leur re-

(1) Fenet, XV, page 155.

fuse ; parce que ces libéralités qu'elles excèdent la quotité disponibles ou soient contenues dans ces limites, auraient été souvent irrévocables en fait, contrairement à l'intention formelle du législateur exprimée en l'art. 1096 pour les libéralités ouvertement faites. C'est qu'en effet il aurait été extrêmement difficile de prouver la simulation faite par les époux.

3° L'autorisation de la vente, eût encore fourni aux époux un moyen bien facile de soustraire leurs biens à l'action de leurs créanciers qui auraient été ainsi lésés par une vente fictive, sans qu'ils puissent bien souvent parvenir à la faire tomber en en démontrant la fraude.

« Rien ne serait plus dangereux que la vente, pour les créanciers de l'un ou de l'autre des époux, le plus souvent du mari. Cet époux débiteur aurait toujours à côté de lui un acquéreur complaisant du moment où il voudrait vendre ses biens pour frauder ses créanciers, et ces fraudes seraient d'autant plus difficiles à déjouer, que les rapports pécuniaires des époux sont plus complexes, plus enchevêtrés, et qu'ils rendraient plus laborieuse la constatation de la vérité (1). »

Il est en effet bien certain qu'aucun contrat ne se prête mieux que la vente à des déguisements. Supposons une vente avec quittance du prix dans l'acte ; comment prouver que cette quittance n'est que fictive, et qu'en réalité il y a une libéralité au profit de l'époux acquéreur ?

(1) Guillouard, *De la Vente*, tome I, page 164.

D'ailleurs, la vente entre époux, comme l'a fait remarquer M. Labbé, ne répond pas au but du mariage. Le but est de s'enrichir par le concours des activités des époux, la vente déplace un élément de fortune, elle le transforme sans accroître l'avoir commun ; le ménage n'a pas de ressources plus grandes, parcequ'un bien a passé du patrimoine propre d'un époux dans celui de son conjoint.

Le code, pour nous résumer d'un mot, a donc pensé que les ventes devaient être présumées, couvrir soit une donation, soit une fraude à l'égard des tiers (1).

Tout cela démontre que les motifs qui justifient l'exclusion de la vente sont strictement spéciaux à ce contrat. D'ailleurs, la loi a limité cette interdiction aux seules circonstances où les dangers qu'elle craignait, étaient susceptibles de se produire ; aussi a-t-elle apporté à la prohibition contenue dans l'art. 1595 trois exceptions considérables sur lesquelles nous aurons à revenir.

Le motif qui a fait interdire la vente, la crainte des donations déguisées et irrévocables, nous conduit à un autre ordre d'idées, nouvel argument en faveur de la permission

(1) La *vente* opérée par les futurs époux entre eux, dans l'intervalle de la confection du contrat, à la célébration du mariage, ne serait pas nulle par application de l'article 1595 ; c'est qu'ils ne sont pas encore époux, et les motifs qui ont basé l'art. 1595, la crainte des libéralités déguisées ne s'appliquent pas. Il y aurait seulement lieu d'examiner si cette *vente* ne modifie pas le contrat de mariage, car alors, c'est une contre-lettre qui serait nulle comme non conforme aux exigences de l'art. 1396.

générale de contracter pour les époux. Notre législation qui régit les rapports entre époux, est dominée par deux idées diamétralement opposées ; la qualité des époux et le fait du mariage méritent faveur, c'est la première idée ; à l'opposé se trouve une idée de défaveur, de méfiance, inspirée par la crainte de donations déguisées, d'avantages indirects au détriment des créanciers, et d'abus d'influence d'un époux sur l'autre. Le Code a fait des applications de ces deux idées contraires. Tantôt il traite les époux plus favorablement que des étrangers ; c'est le droit de successibilité entre conjoints, les facilités exceptionnelles pour leurs conventions matrimoniales, la suspension de la prescription entre époux. Tantôt, il prohibe au contraire, entre conjoints des actes permis à toutes les personnes que n'unissent pas les liens du mariage : c'est précisément l'interdiction de la vente, c'est aussi le principe de révocabilité de toutes les donations faites pendant le mariage.

Or il nous paraît incontestable que cette dernière idée, l'idée de défaveur, ne saurait intervenir que dans les cas où la loi a expressément interdit aux époux un acte permis à tout le monde en général. En dehors de ces prohibitions explicites, la capacité des époux doit être égale à celle de toutes autres personnes. (1)

Le système que nous venons d'essayer de mettre en lumière, celui de la liberté générale de contracter pour les époux, n'a pas rallié tous les suffrages.

(1) Demante et Colmet de Santerre, tome IV, n° 274 bis.

Certains auteurs, en effet, prétendent que le Code a proclamé le principe de l'interdiction entre les conjoints de tous les contrats qui ne seraient pas spécialement autorisés par un texte précis. La prohibition serait la règle, la capacité l'exception. C'est qu'en effet, dit-on, les époux ne sont pas dans une situation égale pour défendre leurs intérêts. Les autoriser à contracter entre eux, c'est livrer la fortune de la femme, sans contrôle ni protection à l'avidité du mari. Tout au moins, y aurait-il lieu de craindre, que le mari, s'il n'abuse pas de son autorité, ne se serve de son expérience des affaires, pour faire prévaloir ses intérêts sur ceux de sa femme, et lui arracher un contrat qui lui sera nuisible.

Si le mari, par son droit d'autorisation, peut être un protecteur quand la femme contracte avec un étranger, cette garantie disparaît dans le cas qui nous occupe.

La femme mariée, n'a pas de volonté propre et personnelle aux yeux de la loi, dit-on, et l'art. 217 nous le prouve ; ou plutôt, sa volonté doit être fécondée par l'autorisation du mari. Or, la plupart du temps, le mari serait l'inspirateur de la décision de sa femme quand il traite avec elle, ce qui fait que son rôle étant ainsi effacé, il n'y a plus là contrat au vrai sens du mot, puisqu'il ne peut plus y avoir concours de volonté.

« Le mari est chef de la société conjugale, il est l'administrateur des intérêts communs, la femme ne peut faire aucun acte sans son autorisation ; pourrait-on se promettre que la même personne pût concilier l'intérêt exclusif et

personnel d'un contractant avec la sage vigilance d'un protecteur (1) » ?

Dans les travaux préparatoires, les raisons que nous venons de citer s'appliquaient à la vente, mais les partisans de l'opinion que nous exposons, n'hésitent pas à les étendre à tous les contrats. La vente, disent-ils, renferme et résume tous les autres contrats ; elle en est le type général, cela explique pourquoi l'art. 1595 ne prohibe expressément que ce contrat. Mais il faut généraliser cette disposition, et n'autoriser entre époux que les seules conventions prévues par des textes formels, tels que les art. 1595, al. 1, 2 et 3, 1096, 1451 et 1577.

La conclusion de cette théorie, est qu'il sera nécessaire de différer jusqu'à la dissolution du mariage, le règlement des intérêts communs qui pourraient échoir au mari et à la femme, ce que rend possible l'art. 2253 qui précisément suspend la prescription pendant le mariage. Cela a l'avantage d'éviter des conflits d'intérêt pendant le mariage.

Cette opinion est inadmissible, elle exagère beaucoup trop l'incapacité de la femme. Déclarer que la femme, dans le mariage, est ainsi annihilée par son mari, et que ce dernier seul a une personnalité active, une volonté et l'entente des actes juridiques, c'est faire à la femme une situation inacceptable. « Cette union si intime, dit Toullier, que le mariage forme entre les époux, ne les empêche pas d'être deux personnes distinctes tant au physique qu'au

(1) Portalis, séance du 7 ventôse, an XII.

moral, personnes qui ont des biens et des intérêts différents, et la capacité naturelle de les administrer et d'en disposer (1) ». « L'état de dépendance dans lequel se trouve la femme, ne suffit pas pour l'empêcher de consentir valablement, pas plus que la crainte révérentielle de l'enfant vis-à-vis de ses père et mère, ne suffit à elle seule, pour vicier le contrat passé entre eux (art. 1114), et c'est avec raison que Tiraqueau fait ressortir l'analogie qui existe entre les deux situations. *Præsumitur metus reverentialis in liberis erga parentes, secuti et in uxore erga maritum* (2) ».

Si les dangers redoutés par l'opinion que nous combattons étaient tels qu'on les présente, ils auraient dû amener le Code à interdire toutes espèces de contrats entre époux, de quelque nature qu'ils soient. Or, la loi permet expressément certains contrats, et pour la vente elle-même, son interdiction est fort atténuée par les trois exceptions qu'elle édicte.

Contre l'argument tiré des « phrases un peu trop sonores » de Portalis, il suffit de rappeler que c'est la crainte des donations déguisées et irrévocables qui a inspiré le législateur, et non pas la crainte que le mari n'abuse de son autorité.

L'opinion que nous exposons va manifestement plus loin que la loi, et exagère l'idée d'incapacité ; elle aboutirait

(1) Toullier, tome XII, n° 41.

(2) Guillouard, tome I, n° 145.

souvent à créer une situation sans issue, car il y a bien des cas où il sera désirable de voir intervenir un accord entre les époux, alors même qu'il ne s'agirait pas de contrats ayant un caractère de nécessité. La liberté de contracter permettra souvent aux conjoints de passer des conventions avantageuses à la famille, dès lors, pourquoi les interdire ?

Le législateur a, d'ailleurs, tenu un très grand compte de certains dangers, et s'est efforcé d'y remédier. C'est cette idée qui a fait interdire après le mariage toute convention dérogeant à la règle de l'immutabilité prescrite par l'art. 1395.

D'autres contrats ayant semblé nécessiter des garanties particulières, ont été entourés de précautions utiles. Telle est, par exemple, la règle de révocabilité des donations entre vifs faites entre les époux au cours du mariage (article 1096). Telle est encore la disposition de l'art. 1097. « La loi elle-même fait donc la part de ces objections et on ne doit pas se montrer plus prévoyant ou plus défiant qu'elle » (1).

Cette crainte d'abus d'autorité de la part du mari, et d'insuffisance de protection des intérêts de la femme, qui est la base de la théorie que nous venons de combattre, a servi de fondement à un système tout différent. Dans cette autre opinion, on admet sans difficulté, et en raison des arguments que nous avons développés, le principe de la validité générale des contrats entre époux. Seulement, pour sauve-

(1) Demolombe, titre IV, n° 232.

garder les intérêts de la femme, on déclare que les actes passés avec son mari ne seront possibles qu'autant qu'il sera intervenu une *autorisation de justice*, en remplacement de celle du mari qui dans ce cas serait suspecte. Ce serait une garantie pour la femme, un contrepoids à l'omnipotence du mari.

A l'objection que le Code n'exige pas dans notre hypothèse l'autorisation de justice, et que en conséquence celle du mari doit suffire, on répond par la maxime « *Nemo potest auctor esse in rem suam* ». Comme le disait Portalis, il répugne que l'on puisse être à la fois juge et partie, or, quand on autorise on est juge, et on est partie quand on traite. On peut comme partie chercher son bien propre et particulier ; comme autorisant, on ne doit travailler qu'au bien d'autrui.

Ainsi donc, le mari ne pourrait pas autoriser sa femme à contracter avec lui, car son intérêt personnel est contraire à celui de sa femme. L'autorisation de justice sauvegarde tout. Cette doctrine s'appuie sur les art. 219, 221, 222 qui prévoient divers cas où l'autorisation de justice intervient et sur l'art. 1558 qui exige cette même autorisation pour la vente de l'immeuble dotal. Par analogie, dit-on, dans tous les cas où il y a conflit d'intérêt entre les époux, c'est l'autorisation de justice qui doit habiliter la femme.

« Excepté dans le cas où la loi, par une autorisation spéciale permet le contrat de vente entre époux, on doit tenir pour principe que, lorsque l'affaire se passe uniquement entre le mari et la femme, celle-ci n'est pas valable-

ment autorisée, si elle ne l'est par la justice. L'influence du mari est en effet bien plus à craindre, il y a bien plus de motifs encore de l'exercer, et même d'employer des moyens illicites pour contreindre sa femme à se soumettre à sa volonté. Il est réellement alors *auctor in rem suam*, puisqu'il n'agit que dans son seul intérêt en autorisant sa femme » (1).

Ce système ne nous semble pas acceptable. Il oublie que la règle de l'autorisation maritale contenue dans les art. 215 et suivants, n'est pas uniquement une mesure de protection en faveur de la femme. Cette subordination juridique de la femme est fondée aussi et surtout sur cette idée que le mariage est une association de personnes et de biens, et que dans toute société il faut un chef. La loi, dans l'art. 213 affirme expressément le principe d'autorité maritale consacré par une si longue tradition.

En dehors du mariage, la femme nous apparaît comme pleinement capable, pourvu qu'elle soit majeure. Son incapacité qui ne commence qu'avec le mariage ne cesse-t-elle pas aussi avec lui? L'autorisation maritale est donc aussi une « affaire de police conjugale » : le mari donne à l'acte un caractère définitif, sans que cela implique que la confection initiale de l'acte n'ait point été l'œuvre de la femme.

Nous ne croyons pas, malgré les deux rôles en apparence contradictoires, que joue le mari quand il contracte avec sa femme, que l'on puisse craindre une contrainte de

(1) Duranton, II, n° 273.

la volonté de celle-ci. Certainement, des influences de fait sont possibles, mais elles peuvent aussi bien se produire dans tous les contrats à l'égard de toutes personnes. Il suffit qu'en droit la femme ait le moyen de résister, pour que son indépendance soit suffisamment garantie.

Elle sera donc plus particulièrement en garde quand elle aura à contracter avec son mari ; d'ailleurs contracter c'est obtenir un accord de volonté, et tant que la volonté de la femme sera contraire à celle de son mari, il n'y aura pas de convention. Quand, au contraire, tous deux auront donné leur adhésion, il n'y aura pas à apprécier séparément dans l'acceptation du mari, son consentement comme co-contratant, et comme mari autorisant sa femme.

Les contrats entre époux sont permis en principe, sans qu'il soit indispensable de recourir à l'autorisation de justice. La femme pourra contracter avec son mari sans autorisation, ou si l'on préfère, avec l'autorisation de son mari, laquelle résulte nécessairement du concours de celui-ci dans l'acte, selon l'art. 217.

Ainsi donc avec le concours de son mari, la femme peut faire avec lui tous les contrats, de même qu'elle peut s'obliger avec cette seule autorisation envers un tiers dans son intérêt (1).

(1) Citons à ce propos l'article 1 du décret du 17 mars 1809 sur les majorats aux termes duquel « la femme mariée peut constituer en majorat en faveur de son mari et de leurs descendants communs, les biens à elle propres, sans qu'il soit besoin d'autre autorisation que celle requise par l'article 217 du Code civil ».

La formule de l'art. 217 est tout à fait générale. La femme ne peut contracter sans le concours du mari dans l'acte, ou son consentement par écrit. Tel est le principe, et, ces conditions remplies, elle peut contracter avec qui que ce soit, même avec le mari, car le texte ne fait aucune distinction.

Quel que soit le régime, le mari, est de règle, seul apte à autoriser sa femme.

Quant aux cas exceptionnels où intervient l'autorisation de justice, et sur lesquels on prétend fonder argument, il suffit de faire observer que ces exceptions n'ont qu'un seul but et parent à l'éventualité suivante : le cas où la femme serait dans l'impossibilité matérielle ou morale d'obtenir de son mari l'autorisation ordinaire et normale. En effet, dans l'art. 219, le mari refuse d'accorder son autorisation ; dans l'art. 221, il est destitué de ce droit par suite d'une condamnation ; dans l'art. 222, il est interdit ou absent, enfin, dans l'art. 224 il est mineur.

Ce sont là des cas exceptionnels motivant l'autorisation de justice, pour *suppléer* celle du mari. Il est donc impossible de généraliser ces hypothèses très spéciales. Quant à l'art. 1558 dont on prétend se servir dans cette opinion, il est tout à fait hors du sujet. C'est bien la justice qui doit ici donner l'autorisation de vendre, mais c'est en vertu d'un tout autre principe. Il s'agit là du principe de l'inaliénabilité, et d'une permission accordée par jugement aux deux époux, au mari comme à la femme, pour aliéner l'immeuble dotal. De même encore, dans l'art. 2144, si le mari doit

obtenir l'autorisation de justice pour réduire l'hypothèque légale, c'est à cause des dangers particuliers de l'abandon fait ainsi par la femme au mari.

Ajoutons encore que dans notre ancienne jurisprudence, la maxime « *nemo potest esse auctor in rem suam* », n'était point appliquée aux rapports du mari et de la femme. Beaucoup prétendaient que la femme, lorsqu'elle contracte avec son mari, n'avait nullement besoin d'autorisation. C'était, notamment, l'avis de Ricard (1) et de Lebrun (2) qui déclaraient textuellement que « dans le cas où il est permis aux conjoints de contracter ensemble, la femme n'a pas besoin d'autorisation. »

La seul point qui fit difficulté, était de savoir si le mari pour contracter avec sa femme devait l'autoriser expressément, ou s'il suffisait de son autorisation tacite par le concours à l'acte. Tous, du reste, étaient d'accord pour déclarer suffisante l'autorisation du mari, aucun ne demandait l'autorisation de justice. Enfin, Pothier (3) ne faisait aucune application de notre maxime à l'autorisation du mari qui « n'intervient pas pour veiller aux intérêts de la femme qui est capable d'y veiller elle-même, mais pour l'habiliter à contracter ce qu'il peut faire, que le contrat intervienne avec lui ou avec un tiers. » (4)

(1) Ricard, *Traité du don manuel*, n° 47.

(2) Lebrun, *De la Communauté*, livre II, chapitre I, section III, n° 39.

(3) Pothier, *De la puissance du mari*, n° 42.

(4) « Il y a pourtant un cas, dit Demolombe, n° 236, où la maxime *nemo potest.....* deviendrait applicable dans les rapports du

Ainsi donc, et pour résumer les développements qui précèdent, il nous semble résulter du rapprochement des articles 217 et 1123 que le principe de la liberté des conventions doit servir de règle pour les contrats entre époux et que l'autorisation du mari est pleinement suffisante ici comme ailleurs.

Les arguments nombreux qui militent en faveur de la liberté pour les époux de contracter entre eux, ont convaincu la jurisprudence. Elle paraît admettre notre principe général de la validité des contrats entre conjoints.

Sans avoir jamais eu à énoncer explicitement ce principe, la Cour de cassation en a fait plusieurs applications à des contrats que la loi n'autorisait pas expressément entre époux.

Une des plus intéressantes est contenue dans un arrêt du 4 février 1846 (1). Voici l'espèce :

Une dame L... avait formé une demande en séparation de corps contre son mari, et à la suite d'un jugement qui condamnait ce dernier à payer à sa femme jusqu'à la fin du procès, une pension et une provision alimentaires, il intervint entre les deux époux une transaction aux termes de laquelle il était dit que « pour se libérer envers sa femme des pensions et provisions alimentaires adjugées

mari avec sa femme, c'est celui où le mari traiterait avec sa femme mineure une affaire pour laquelle celle-ci aurait besoin de l'assistance d'un curateur. »

(1) Cass., 4 février 1846, D. 46. 1. 216, Adde Limoges, 30 décembre 1861, D. 62. 2. 201.

par le jugement, le sieur L... lui compterait une somme de 600 francs une fois payée, et lui payerait une pension annuelle de 1.000 francs ; que, de son côté, la dame L... subviendrait aux besoins de sa fille issue du mariage; qu'elle laisserait à son mari l'administration de ses biens, enfin, qu'elle suspendrait ses poursuites en séparation. » La Cour de Paris, le 18 décembre 1844, se prononça pour la validité de cette convention intervenue entre les époux, et la Cour de cassation adopta la décision de la Cour d'appel, paraissant bien se ranger au principe de la liberté des contrats entre époux.

Dans une autre décision plus ancienne, la Cour de Paris avait jugé que la femme mariée pouvait s'obliger valablement envers son mari pour cause de prêt (1).

A cette règle générale de validité, qu'elle adopte en principe, la jurisprudence établit cependant une exception pour le contrat de société, qu'elle déclare interdit, quelque soit le régime matrimonial des époux. Elle prétend que ce contrat serait nécessairement, et quelles que soient les circonstances de fait, dérogame aux conventions matrimoniales. Nous aurons plus tard à revenir en détails sur cette question.

Résumons les règles que nous venons de discuter et de dégager.

Le principe est que les contrats entre époux sont permis.

(1) 2 décembre 1820, D. 1823. 2. 170.

A ce principe, il y a certaines restrictions, la première résulte de textes formels :

1<sup>o</sup> Il faut que le contrat ne constitue pas une vente sauf les trois exceptions de l'art. 1595 ; qu'il ne constitue pas une donation déguisée (art. 1099) ; donation qu'on aurait voulu soustraire à la règle de la révocabilité ; enfin dans l'article 1451, s'il s'agit de rétablissement de la communauté après la séparation de biens ou de corps, les formalités prescrites par la loi doivent être observées.

2<sup>o</sup> Il faut que le contrat ne constitue pas une dérogation aux conventions matrimoniales. C'est là une cause générale de nullité, établie dans l'intérêt des époux et des tiers, et qui frappe toutes les conventions qui, au cours du mariage, viendraient modifier le régime matrimonial adopté (art. 1395).

Ainsi donc, une opération permise pourrait être frappée de nullité comme modificative au contrat, car cette nullité ne tient pas à la nature de l'acte, mais au but poursuivi par les parties, et au résultat atteint. C'est une question de fait.

3<sup>o</sup> Il faut encore que le contrat ne porte pas atteinte aux droits qui appartiennent au mari comme chef, ni à ceux qu'il possède en qualité de père des enfants communs.

4<sup>o</sup> Il faut enfin qu'il n'y ait pas dans ce contrat un acte frauduleux au préjudice des créanciers personnels de l'un ou de l'autre des époux.

Ce sera encore là une question de fait qui trouvera sa sanction dans l'art. 1167. Les tribunaux seront juges des

différents vices qui seraient reprochés à la convention, dol, surprise ou simulation (1).

Ainsi donc, la prohibition des contrats entre époux ne se justifierait pas par des raisons suffisantes, et donnerait lieu dans la pratique à des inconvénients graves. Ces contrats peuvent avoir une utilité pratique considérable : un prêt, par exemple, fait par la femme au mari, pourra relever le crédit de celui-ci.

Donc, en dehors des hypothèses exceptionnelles de prohibition, l'art. 1123 et le principe de la liberté des conventions nous serviront de règle.

(1) D. 1878. 1. 291. D. 1881. 1. 156. Duvergier, t. I, n° 276. Demolombe, t. IV, n° 237-240. Laurent, t. XXIV, n° 25. M. Planiol, *Revue critique*, 1888, p. 273, *Contrà*, Rolland de Villargues, *Répertoire*, v° *Transaction*, n° 32.



## APPENDICE

---

### Effets généraux des contrats entre époux

Ces effets généraux sont très simples à énoncer. S'agit-il d'un contrat permis entre mari et femme, et reconnu en fait sincère et sérieux, il produira les effets ordinaires de tous les contrats.

S'agit-il au contraire d'un contrat prohibé, il sera déclaré *nul* (1), parce que c'est un contrat qui ne peut pas avoir lieu entre époux (2).

Quel est le caractère de cette nullité ? Est-elle *relative* ou *absolue* ? Le contrat est nul, annulable et non pas inexistant. C'est que la nullité a été motivée par la crainte des donations déguisées et irrévocables entre époux, et des fraudes envers les créanciers.

Le vice sur lequel repose la nullité de ce contrat prohibé est l'incapacité des parties (art. 1123, 1594 et 1595) et

(1) Toullier, XII, n° 41, avait proposé inexactement de le faire valoir comme donation déguisée ayant tous ses effets si les époux ne la révoquent point.

(2) Demolombe, t. IV, n° 242.

l'incapacité n'est dans notre droit qu'une cause de nullité ou d'annulabilité. Il s'agit bien là d'un contrat réunissant tous les éléments nécessaires à sa formation, mais qui renferme un vice susceptible d'amener son annulation par la justice. On doit considérer ce vice comme infirmant la validité du contrat, sans toutefois l'empêcher de se former.

Le contrat étant ainsi nul ou annulable, ne pourra être attaqué que par certaines personnes, celles dans l'intérêt desquelles la nullité a été introduite : c'est-à-dire, l'époux lésé, ses héritiers et ses créanciers. Enfin le vice peut être purgé par une confirmation ou ratification expresse ou tacite.

La ratification expresse se fera suivant les conditions de 1338. Il y aura confirmation tacite quand les intéressés auront gardé le silence pendant le temps assigné par l'art. 1304 à la durée de l'action en nullité, ce délai de 10 ans ne commençant à courir qu'à dater de la dissolution du mariage (art. 2253) (1).

Dans les cas où la loi permet aux époux de contracter entre eux, c'est, avons nous dit, sous la condition de ne pas contrevenir aux principes d'immutabilité des conventions matrimoniales et d'autorité maritale. Mais ces principes sont basés sur des considérations d'ordre public ; il en résulte que la nullité qui frappe les actes qui les violeraient, serait une *nullité absolue*. Elle serait donc suscep-

(1) Cass., 11 juillet 1888, D. 89. 1. 375. Douai 20 juin 1895, D. 95. 2. 515.

tible d'être proposée par tout intéressé, et en outre, elle ne pourrait pas se couvrir soit pendant le mariage, soit même après sa dissolution par une confirmation ou ratification expresse ou tacite.

---



## DEUXIÈME PARTIE

### Contrats expressément prévus par le Code

---

#### CHAPITRE I. — DATION EN PAIEMENT

« Le contrat de vente ne peut avoir lieu entre époux que dans les trois cas suivants :

1<sup>o</sup> Celui où l'un des époux cède des biens à l'autre séparé judiciairement d'une loi en paiement de ses droits.

2<sup>o</sup> Celui où la cession que le mari fait à sa femme même non séparée a une cause légitime, telle que le emploi de ses immeubles aliénés, ou de deniers à elle appartenant, si ces immeubles ou deniers ne tombent pas en communauté.

3<sup>o</sup> Celui où la femme cède des biens à son mari en paiement d'une somme qu'elle lui aurait promise en dot, et lorsqu'il y a exclusion de communauté ;

Sauf dans ces trois cas les droits des héritiers des parties contractantes s'il y a avantage indirect (art. 1595) ».

Dans le premier cas, la cession peut être faite indistinctement par l'un des époux à l'autre, dans le second, elle ne

peut être faite que par le mari à la femme, et dans le troisième par la femme au mari.

Les trois exceptions apportées par l'art. 1595 à la règle de l'interdiction du contrat de vente, offrent le trait commun suivant : c'est que l'autorisation accordée à l'époux de vendre à son conjoint réside dans sa qualité de débiteur vis-à-vis de lui. En d'autres termes cette vente est faite en vue d'éteindre sa dette. Il aurait dû régulièrement se libérer en lui donnant une somme d'argent, mais pourquoi forcer ici l'époux débiteur à se procurer en vendant son bien à un étranger, et peut être dans des conditions désavantageuses, cette somme d'argent nécessaire à sa libération ? N'est-il pas beaucoup plus simple, n'est-il pas aussi beaucoup plus conforme aux intérêts de la famille de lui permettre de vendre à son conjoint ou plutôt de faire à son profit une dation en paiement ?

Sous le nom de vente, ce sont bien en effet des dations en paiement que l'art. 1595 autorise dans les trois exceptions qu'il édicte. Le législateur a considéré la dation en paiement comme constituant une vente ; en effet, ces deux opérations ont une très grande analogie sans se confondre absolument. Elles sont distinctes par la cause d'où elles procèdent. La dation suppose une obligation antérieure qu'elle va éteindre, tandis que la vente est une convention simple ment génératrice d'obligations et translatrice de propriété.

Au surplus, voici comment s'expriment les travaux préparatoires pour justifier ces trois exceptions énoncées en l'art. 1595 :

« Le projet de loi reconnaît qu'il est des circonstances dans lesquelles il est permis entre époux de vendre et d'acheter. Ces circonstances sont celles où le contrat est fondé sur une juste cause, et où il a moins le caractère d'une vente proprement dite, que celui d'un paiement forcé ou d'un acte d'administration (1). »

« On aurait pu croire que les liens qui unissent des époux dussent être un obstacle à ce que l'un pût vendre à l'autre. Cependant, si l'un des époux devait quelque somme à l'autre, séparé judiciairement d'avec lui, si un mari devait à sa femme un remploi de ses immeubles qui auraient été aliénés, ou d'une somme à elle appartenant, ces immeubles ou cette somme ne tombant pas en communauté ; si enfin la femme se voyait hors d'état d'effectuer le paiement d'une somme qu'elle aurait promise en dot à son mari lorsqu'il y a exclusion de communauté, pourquoi dans ces trois cas, aurait-on interdit une vente entre époux ? Comme ces créances sont légitimes et exigibles, il serait injuste d'empêcher une libération par la voie de la vente. Il serait dur pour des époux d'être forcés de vendre leur bien à des étrangers, pour se faire respectivement raison de leurs droits, et de se priver de la douceur de les conserver pour eux, et pour leurs enfants, quel que soit celui d'eux sur lequel la propriété réside. La loi devait pourtant empêcher des avantages indirects qu'elle prohibe, et que les époux

(1) *Exposé des motifs de la loi relative à la vente*, par Portalis (séance du 7 ventôse an XII).

pourraient se faire sous l'apparence d'une vente. Mais voilà tout ce qu'on devait attendre de sa prévoyance ; c'est aussi ce qu'elle fait dans les derniers mots de l'art. 1595 (1). »

1° La première exception admise par l'art. 1595 ne donne pas lieu à beaucoup de difficultés.

La vente, nous dit le Code, peut avoir lieu entre époux « 1° au cas où l'un des époux cède des biens à l'autre séparé judiciairement d'avec lui en paiement de ses droits. »

L'hypothèse est simple. Un jugement de séparation de corps et de biens est intervenu entre les conjoints. La liquidation doit être opérée, elle doit même l'être le plus rapidement possible, au vœu de la loi (art. 1444). Si cette liquidation fait apparaître un reliquat à la charge de l'un des époux, la loi autorise l'époux débiteur à céder à son conjoint, pourvu que celui-ci y consente, un ou plusieurs de ses biens en acquittement de sa dette. Que l'époux qui reste débiteur de l'autre lors de la liquidation soit le mari ou la femme, la cession sera valable, pourvu que les deux conditions prévues par la loi se trouvent réunies, c'est-à-dire : 1° que la séparation de biens, ou la séparation de corps qui entraîne nécessairement comme accessoire la séparation de biens, soit prononcée, et 2° que l'époux cédant soit réellement débiteur de son conjoint.

Pourquoi la loi a-t-elle admis cette exception à la prohibition générale de la vente entre époux ? C'est que cette

(1) *Discours au corps législatif*, par le tribun Grenier (Séance du 15 ventôse an XII).

cession, cette dation en paiement est pour le conjoint débiteur le seul procédé pour éviter une mesure d'exécution forcée sur ses biens, la saisie que son conjoint créancier aurait incontestablement le droit d'opérer pour obtenir son paiement. L'époux qui plaide en séparation soit de corps, soit de biens n'a plus de ménagements à garder, et il pourrait procéder par voie de saisie. Or la saisie serait très désavantageuse pour l'époux débiteur, car les biens mis aux enchères par suite de l'expropriation forcée se vendent mal. L'époux a donc tout intérêt à éviter cet inconvénient ; la cession que lui permet d'opérer l'art. 1595 dans ce cas, le met à l'abri de ce danger. Cette cession suppose une situation liquide, c'est-à-dire la séparation prononcée entre les époux. La dation opérée en cours d'instance avant le jugement ne serait pas valable. Si elle était effectuée par le mari à la femme, celle-ci n'en aurait à tenir compte au mari que dans la mesure de la plus-value résultant de l'opération. La cession serait valablement opérée dès la prononciation du jugement de séparation, et même avant la liquidation des reprises des époux.

Mais supposons que les époux veuillent se faire une dation en paiement avant la séparation de biens, mais sous la condition suspensive qu'elle sera effectivement prononcée. Cela sera-t-il possible ? La jurisprudence a reconnu la validité de ce mode de procéder. Il y a là une condition suspensive valable dans la vente entre époux comme dans toute autre vente, car l'art. 1595 limite bien les cas de dation, mais n'apporte aucune entrave aux modalités dont

ils peuvent être susceptibles. La vente entre époux n'est placée en dehors du droit commun qu'en ce qui concerne les cas dans lesquels elle peut valablement intervenir (1). Comme tout contrat, la cession serait passible d'annulation en vertu de l'action paulienne, si elle fraudait les droits des créanciers de l'un des époux séparés.

Ainsi la cession faite par le mari à la femme pour la rembourser de ses reprises après la séparation de biens, ne peut être attaquée par les créanciers du mari, par application du principe de l'art. 1167, qu'autant qu'elle a eu lieu en fraude de leurs droits, que la femme s'est rendue complice de la fraude, et que l'acte ait influé sur l'insolvabilité du mari.

Les fraudes, au cas où la cession est faite par le mari à la femme, sont de nature à se présenter assez souvent et c'est pourquoi nous en traitons ici. Les créanciers feront bien d'examiner l'acte avec attention. Il faut, remarquons-le, pour que les créanciers puissent critiquer la cession, que l'acte soit frauduleux, et il a été jugé que, en-matière de cession d'effets mobiliers, celle-ci ne saurait être annulée par ce motif que les meubles cédés n'auraient pas été estimés à leur véritable valeur (2).

Dans ce cas, en effet, il y aurait avantage indirect au profit du conjoint cessionnaire. Or, une pareille vente est valable, en principe, sauf le droit pour les héritiers résér-

(1) Grenoble, 1<sup>er</sup> juin 1865, S. 65. 2. 232

(2) Cass., 2 décembre 1880, D. 81. 1. 156.

vataires de faire prononcer la réduction. Pour les créanciers, l'action paulienne serait seule possible ; or, comme il s'agit d'un acte à titre onéreux, ils seront tenus de prouver l'existence d'un concert frauduleux entre les époux.

Ce que nous venons de dire à propos des cessions d'effets mobiliers s'applique aussi aux cessions immobilières, sauf s'il y avait lésion de plus des sept douzièmes (1). Quant à l'effet de la fraude, si elle est prouvée, ce sera l'annulation de la cession en son entier, et non pas seulement pour ce qui excède la créance de la femme. La fraude donne à l'acte une cause illicite, et l'art. 1131 s'oppose à ce que cet acte puisse produire un effet quelconque (2).

La Cour d'Angers a jugé que la cession du mobilier du mari à sa femme, au cas de séparation judiciaire en paiement des reprises et des droits matrimoniaux de celle-ci, est inopposable, et ne peut préjudicier aux créanciers du mari dont l'intervention pour la conservation de leurs droits avait été admise antérieurement dans l'instance de séparation de biens et de liquidation des droits de la femme ; qu'il en est ainsi, surtout lorsqu'il apparaît que pour arriver à cette cession, le mari et la femme ont retardé le règlement de la créance de l'intervenant (3).

Observons, en terminant, que la cession, si elle n'est pas entachée de fraude, peut être faite, par l'un comme par

(1) Cass., 11 mai 1868, D. 68. 1. 456.

(2) Cass., 18 février 1878, D. 78. 1. 291. — Cass., 28 novembre 1855, D. 56. 1. 919.

(3) Angers, 1 février 1850, D. 50, 2, 20.

l'autre des époux. La dation est valable, qu'elle soit faite par le mari à la femme, ou par la femme au mari. Le plus souvent c'est le mari qui cédera à la femme, mais le contraire pourra se présenter. Tel serait, par exemple, le cas où le mari aurait fait des dépenses sur les biens de la femme pour améliorations ou constructions, ou bien encore le cas où la femme aurait promis à titre d'apport dans la communauté. une somme qu'elle n'y eût pas effectivement versée (1).

2° La deuxième exception à la règle de la prohibition de la vente entre époux, est, dit l'art. 1595 (2°) le cas « où la cession que le *mari* fait à sa femme, *même non séparée*, a une *cause légitime*, telle que le remploi de ses immeubles aliénés, ou de deniers à elle appartenant, si ces immeubles ou deniers ne tombent pas en communauté. »

Cette exception ne vise que les dations opérées par le mari à la femme. Il serait difficile, en effet, d'imaginer une dette de la femme envers le mari, réunissant les conditions exigées dans cette deuxième exception, et susceptible, par suite, de donner lieu à la cession qu'elle permet. Ce n'est pas à dire que la femme ne puisse être débitrice de son mari, mais la dation ne pourrait pas présenter la cause légitime indispensable pour l'application de notre exception. Il est rare, en effet, que des valeurs appartenant au mari soient détenues par la femme non séparée, dans les deux cas que la loi a énoncés. S'il est normal que

(1) Duranton, XVI, n° 148.

les deniers de la femme soient en la possession du mari, chef de l'association conjugale, la situation inverse, à savoir la femme détenteur de deniers propres au mari, n'est pas une situation naturelle. « On peut craindre que le fait qui l'aura constituée débitrice ne soit une préparation de la dation en paiement, et n'ait été accompli pour la légitimer. » (1) Voilà pourquoi l'art. 1595 ; 2° ne permet pas les dations en paiement faites par la femme au mari.

Ceci dit, voici nettement précisée l'hypothèse en face de laquelle notre texte se place. Un bien personnel de la femme ayant été aliéné, le mari en a touché le prix, et il s'agit de remplacer dans le patrimoine de la femme le bien qui a été aliéné, par un autre bien acheté avec le prix de l'aliénation ; ou bien encore le mari a touché des deniers propres à la femme, deniers constitués en dot à charge d'emploi. Le mari peut céder un de ses biens à la femme, pourvu que celle-ci y consente, afin de lui tenir lieu de remploi ou d'emploi.

De plus, si les époux sont mariés sous le régime de communauté, le mari céderait, aliénerait ainsi valablement à sa femme, non seulement un des biens à lui appartenant, mais aussi des biens de la communauté. L'art. 1421 lui confère, sous ce régime, le droit de disposer des biens communs au profit de toute personne, au moins à titre onéreux. (2)

(1) Demante et Colmet de Santerre, T. VII, n° 20 *bis*.

(2) Cass., 9 mars 1837, S. 1837, I. 623.

Aucune récompense ne sera due à la communauté, si le remploi ou l'emploi est effectué à la femme avec un bien de la communauté, car c'est celle-ci qui avait encaissé les deniers, en était devenue débitrice (art. 1436) et acquitte ainsi sa dette.

Que si, au contraire, c'est en biens personnels du mari que l'emploi ou le remploi a été opéré, celui-ci aurait droit à récompense contre la communauté, car il acquitte une dette dont elle était tenue. Qu'il s'agisse de meubles ou d'immeubles, la cession serait valable. L'art. 1595, ne s'occupe, il est vrai, expressément que d'immeubles, mais sa décision s'applique *a fortiori* aux meubles. (1)

On est d'accord pour reconnaître qu'il ne serait pas nécessaire, pour la validité de l'aliénation faite par le mari à la femme, que la créance de reprises de celle-ci soit exactement égale à la valeur du bien cédé.

Le mari pourrait parfaitement lui céder un bien d'une valeur supérieure, à charge par elle, de lui payer la différence. Il faut, mais il suffit, que le contrat soit sérieux, et présente bien le caractère d'une dation en paiement. C'est ainsi qu'il a été jugé qu'une créance paraphernale ne peut autoriser une vente entre époux, si elle ne s'élève qu'à une faible somme en proportion des biens vendus. (2) Une trop grande différence entre la créance et la valeur du bien cédé, prouverait, en effet, que les parties ont voulu

(1) D. rep. V, nos 431 et 432. — *Supp.* n° 175. Guillouard vente n° 157 et 158.

(2) Cas., 24 juin 1879. S. 1879, I 596.

éluder les règles prohibitives sur la vente entre époux. Quant à rechercher quelle doit être cette disproportion qui pourra faire annuler la vente, on comprend que ce n'est là qu'une question de mesure que les juges du fait auront à apprécier.

Toujours est-il que, si cette différence était trop considérable, la vente n'aurait plus alors une cause légitime.

Ceci nous conduit donc à examiner quand il y aura *cause légitime* justifiant la cession. La loi en énumère deux : remploi des immeubles aliénés, et emploi de deniers appartenant à la femme. Cette énonciation est-elle limitative ? N'y aura-t-il de *causes légitimes* de cession que dans ces deux cas expressément prévus ? La rédaction même de la loi nous démontre que ce ne sont là que des exemples « *telle que...* » L'énonciation faite par notre texte n'a rien de limitatif. Du moment où la cession se justifiera par une cause légitime, elle sera valable, même en dehors des deux cas indiqués par la loi. Il suffit, en un mot, que la dette qu'il s'agit d'acquitter par voie de dation en paiement, soit une *dette sérieuse et sincère* du mari au regard de la femme. (1) Ce point est très généralement admis en doctrine et en jurisprudence.

Est-ce à dire que les juges auront un pouvoir discrétionnaire pour apprécier la légitimité de la cause, en sorte que

(1) Sic. Agen, 4 décembre 1854. S. 55, 2, 62. — Poitiers, 11 août 1863. S. 69, 2, 302. — Limoges, 30 décembre 1861. D. 62, 201 et note.

la vente consentie par le mari à la femme avant la séparation de biens serait valable, à moins que les juges ne la déclarent frauduleuse ? Leur décision, sur ce point, ne sera-t-elle pas soumise au contrôle de la Cour de cassation ? Il serait excessif de leur reconnaître ce pouvoir absolu ; en effet, la loi, en prenant soin de spécifier deux exemples, a voulu expliquer par là ce qu'il fallait entendre par *cause légitime*, et cette explication s'impose au juge. « Les exemples précisent la pensée de la loi, en montrant qu'il s'agit d'une cession faite dans le but d'éteindre une dette du mari, ou une dette de la communauté envers la femme en un mot, d'une cession ou dation en paiement. » (1)

Si le législateur s'était borné à déclarer d'une façon générale et théorique, que la cession serait valable et autorisée toutes les fois qu'il y aurait cause légitime, le juge aurait eu pleine liberté d'appréciation selon les circonstances de fait. Mais la loi a précisément limité ce pouvoir en indiquant ce qu'il faut entendre par cause légitime, et ce qui, dans sa pensée, doit la constituer.

« Le juge, pour décider si la cession a une cause légitime, devra donc s'en tenir non à son appréciation personnelle, mais à celle de la loi. Il ne devra donc déclarer légitimes que les causes qui sont telles dans la pensée du législateur, et non celles qui ont ce caractère dans sa propre pensée (2). »

(1) Note de M. Bufnoir, sous Cass., 15 juin 1881. S. 83, 1, 473.

(2) Baudry Lacantinerie, T. III, n° 483.

Le texte de la loi est donc en ce sens. « L'esprit de la loi ne laisse aucun doute sur ce point, elle est restrictive dans son essence puisque elle consacre une exception ; et l'exception détruirait la règle si le juge avait un pouvoir absolu de décider quand la cause est légitime. L'interprétation que nous combattons, aboutirait à dire que la vente serait permise au mari dès que la cause paraîtrait légitime au juge (1). »

C'est dire que l'interprétation du second paragraphe de l'art. 1595 soulève une question de droit : la question de savoir si, dans la cession dont on discute la validité, il y a une *cause légitime* dans le sens juridique de l'expression. La Cour de cassation aura donc le pouvoir d'examiner et de reviser, s'il y a lieu, l'appréciation des juges du fond sur ce point. Les faits étant souverainement constatés par eux, il appartiendra à la Cour suprême d'apprécier s'ils rentrent dans les cas prévus par l'art. 1595, selon l'interprétation que le législateur lui-même a pris soin de préciser.

La Cour de cassation avait d'abord proclamé en 1825 le pouvoir absolu des juges du fait (2), mais elle est revenue sur cette décision, et n'a plus varié depuis. Elle examine si les principes de droit sur la légitimité de la cause, ont été bien appliqués aux faits (3). Or, si l'on prend soin d'ana-

(1) Laurent, T. XXIV, n° 37.

(2) Cass., 23 août 1825.

(3) Cass. 24 juin 1839, S. 1839, I. 596. — Cass. 1 juillet 1873, S. 73, I, 380.

lyser avec exactitude les exemples donnés par le législateur, on voit qu'il ne considère comme ayant une cause légitime, que la dation en paiement faite par le mari à la femme pour se libérer envers elle d'une *dette préexistante et susceptible d'un paiement actuel*, suivant la formule excellente donnée par M. Bufnoir dans la note que nous avons citée plus haut.

1° Il faut d'abord une *dette préexistante*. C'est bien, en effet, ce qui se présente dans les deux exemples cités par la loi. Le mari est débiteur de sa femme parce qu'il a touché le prix d'un propre ou encaissé des deniers propres. Cette dette est préexistante à la dation en paiement; elle n'est pas née en vue de la translation de propriété qui va s'opérer à la femme, et pour légitimer ce transfert. Si, au contraire, la dation n'était pas la conséquence d'une dette préexistante, comme si, par exemple, la femme recevait un immeuble du mari à charge de payer les dettes de celui-ci, cette opération serait interdite en qualité de vente proprement dite. Elle ne rentrerait pas, en effet, dans les cas de cession exceptionnellement autorisés, puisque le mari ne serait pas alors débiteur de sa femme, et qu'ainsi, l'opération intervenue entre eux ne serait pas un procédé de libération entre époux (1).

De même, le mari ne pourrait pas céder un de ses biens à sa femme pour lui procurer le placement d'économies par elle réalisées sur les revenus de ses biens paraphérnaux.

(1) Demante et Colmet de Santerre, T. VII, n° 20 bis.

Où serait ici, en effet, la dette du mari envers sa femme, dont la dation aurait pour but de le libérer ? 2° La préexistence de la dette ne suffit pas ; il faut en outre qu'elle soit *susceptible d'un paiement actuel*. « Le but de l'article 1595 al. 2 est d'autoriser le mari à s'acquitter pendant le mariage au moyen d'une dation en paiement d'une dette légitime dont il est tenu vis-à-vis de la femme, et pour laquelle il lui faudrait se procurer des capitaux si la dation en paiement n'était pas permise. Mais si la dette n'est pas arrivée à son échéance, si elle ne peut pas être l'objet d'un paiement régulier et libératoire, on ne comprendrait pas pourquoi le législateur serait venu autoriser la dation en paiement au profit du mari, qui, pour se conformer au vœu de la loi, ne doit pas encore payer, même en argent (1) ».

Il ne peut, en effet, y avoir de cause légitime de cession que si cette cause peut donner lieu à un paiement légal et libératoire. Supposons, par exemple, que le mari veuille opérer par voie de dation, le paiement de la dot et des reprises appartenant à la femme mariée sous le régime dotal. Le peut-il ? Non. Le mari ne doit restituer la dot qu'à la dissolution du mariage, il est bien ici débiteur de sa femme, mais cette dette n'est pas susceptible d'un remboursement actuel. Le paiement que ferait le mari en ce moment, ne le libérerait pas ou du moins ne le libérerait que dans la mesure du profit que sa femme aurait retiré du

(1) Guillouard, *Vente*, Tome I, n° 154.

paiement. Cette dation ne libérant pas le mari, n'aurait donc pas la cause légitime qu'exige la loi.

3°. Reste à examiner s'il faut, en outre, que la dette soit exigible. La jurisprudence, celle de la Cour de cassation surtout, en fait une condition indispensable pour la validité de la cession (1). Par suite, elle déclare nulle toute vente consentie par le mari à la femme non séparée de biens, soit sous le régime de communauté, soit sous le régime dotal à titre de remploi de la dot ou de deniers propres, si le remploi n'était que facultatif pour le mari.

En faveur de l'exigibilité on invoque un passage des travaux préparatoires où l'on trouve l'expression suivante à propos des causes de la cession : « Comme ces créances sont légitimes et exigibles (2) ».

Ce motif a paru, à juste titre, insuffisant à nombre de Cours d'appel, et plusieurs d'entre elles se sont attachées à refuter dans leurs arrêts la faible argumentation tirée d'une phrase ainsi isolée des travaux préparatoires.

C'est ainsi qu'on lit dans un arrêt de la Cour de Chambéry. « Considérant que le texte comme l'esprit de l'art. 1595 résistent à une pareille interprétation ; que le législateur n'ayant rien édicté à l'égard de l'exigibilité de la créance, nul ne peut ajouter aux dispositions de la loi ou

(1) Parmi les nombreux arrêts, voir notamment : Cass., 28 avril 1855, D. 56, I, 319. — Cass. 2 juillet 1873, D. 73, I, 464. — Cass. 15 juin 1881, D. 82, I, 82, I, 93. — Cass. 11 juillet 1888, D. 89, I, 60. — Cass., 16 avril 1889, D. 89, I, 375. — Douai, 20 juin 1893, D. 95, 2, 515.

(2) Chambéry, 21 février 1876. D. 77, 2, 47.

les étendre arbitrairement dans leur application ; qu'on argumenterait vainement de l'*expression isolée* d'un des membres du Tribunat, qui dit en parlant de la cession : « Comme ces créances sont légitimement exigibles ». Et l'arrêt montre que l'intention du législateur se dégage nettement des travaux préparatoires, ainsi que des paroles de Portalis et du tribun l'aure, que nous avons rapportées plus haut.

Bien d'autres arrêts encore, ont admis la validité de cessions consenties en dehors des cas où le mari était immédiatement obligé de fournir à sa femme un emploi ou un remploi de ses deniers propres. « Attendu que l'art. 1595 al. 2 est applicable toutes les fois que la créance de la femme a une cause légitime et une existence certaine, et qu'en présence de la loi, il serait arbitraire, à défaut d'un texte précis de restreindre cette disposition au cas seulement où cette créance est devenue exigible. » (1)

Ces Cours d'appel nous paraissent avoir raison bien plutôt que la Cour de cassation. La plupart des auteurs sont aussi d'avis que la jurisprudence de la Cour de cassation dépasse ici les exigences de l'art. 1595 al. 2, et ajoute à la loi. Il paraît, en effet, très exact de dire avec M. Bufnoir, qu'il suffit que la créance puisse être valablement payée pour que la cession soit légitime, et qu'il n'est pas nécessaire que la créance soit actuellement *exigible* dans le sens ordinaire du mot, c'est-à-dire que la femme puisse

(1) Nancy, 18 avril 1885, D. 86, 2, 127. — Dijon, 5 août 1874, D. 71, 2, 459. — Poitiers, 16 août 1869, D. 65, 2, 103.

en poursuivre le remboursement. Il suffit que le mari puisse se libérer pour que le but de l'art. 1595 al. 2 soit atteint.

Cette condition supplémentaire ajoutée par la jurisprudence, est contredite par la loi elle-même qui ne parle pas d'exigibilité. En effet, le texte ne met qu'une condition à la validité de la dation, c'est que la créance ait une cause légitime. Or, il nous semble incontestable que, lorsque le mari fait dation à sa femme d'un immeuble en emploi de deniers à elle propres, c'est d'une dette certaine, et susceptible d'être payée actuellement qu'il se libère. Le remploi, en effet, peut être opéré pendant le mariage; les art. 1434 et 1435 nous le démontrent, même lorsque ce remploi n'est pas obligatoire pour le mari.

Il convient d'ajouter que, si la loi requièrait l'exigibilité, cette exigence ne se justifierait à aucun titre. Le mari peut avoir un intérêt sérieux à se libérer avant la dissolution du mariage dans le but bien compréhensible, de ne pas laisser sa succession grevée par les reprises de la femme. « Du moment où l'opération n'est pas suspecte, et elle ne l'est pas, puisqu'il s'agit d'une dette que le mari pourrait payer de suite en argent, pourquoi la défendre au mari ? (1). »

Une telle condition n'est pas nécessaire à l'effet de prévenir les abus et les fraudes que la vente pourrait faciliter. Nous avons en outre démontré que l'article 1595, al. 2 était conçu d'une façon simplement énonciative et ne limi-

(1) Guillouard : *Vente*, T. I, n° 154.

tait pas les causes légitimes de cession aux exemples qu'il indique. Or, avec l'interprétation qu'adopte la jurisprudence, la nécessité de l'exigibilité de la créance, on en trouverait fort peu, sauf le emploi obligatoire en vertu d'une stipulation contenue dans le contrat de mariage. « En effet, dit M. Bufnoir, le texte admet la validité de la cession quand elle tend à opérer le emploi d'un propre aliéné, il ne distingue pas si le emploi était ou non imposé par le contrat de mariage. Cependant, si la formule de la cour de cassation est vraie, il faut faire cette distinction, et annuler la cession quand le emploi n'est pas imposé au mari, car dans ce cas, la femme n'a pas avant la séparation une créance exigible ».

Dans le cas contraire, en effet, le mari n'est pas débiteur actuel, car la femme n'a qu'une reprise qu'elle exerce lors de la dissolution de la communauté ; sa créance n'est donc pas exigible.

L'application de l'art. 1595 al. 2 se trouverait donc considérablement restreinte, parcequ'une clause formelle de emploi ne se trouve guère que dans les contrats dotaux. Elle n'existe qu'assez rarement sous les autres régimes ; elle ne se rencontrerait même jamais dans la plupart des cas, puisque le régime de la communauté ordinaire, le plus fréquent, existe le plus souvent sans contrat rédigé spécialement, et puisque en outre, c'est le régime légal de droit commun.

Il serait donc difficile, en dehors des cas où, par suite d'une clause formelle du contrat de mariage, le emploi

est obligatoire pour le mari, de trouver des hypothèses où celui-ci serait tenu envers la femme et pendant le mariage, d'une dette devenue exigible.

Cela peut arriver cependant sous le régime dotal ou le régime de séparation de biens. Supposons que le mari ait, soit par suite d'un mandat, soit spontanément, géré des biens de nature paraphernale, et reçu le paiement de deniers appartenant à sa femme. La femme, en vertu de son droit d'administration (article 1576) pourrait, dès à présent et pendant le mariage, réclamer à son mari le remboursement des deniers qu'il a perçus, ou lui demander compte de sa gestion : le mari est donc tenu ici d'une dette actuelle, et comme cette dette est aussi exigible, ce serait même pour le système de la cour de cassation une cause légitime de vente (1). Seulement, cette situation ne pouvant se rencontrer que dans les régimes où il y a des biens paraphernaux, est insusceptible de se produire sous la communauté légale ou conventionnelle notamment. Sous ces régimes, en effet, il est impossible d'imaginer que la femme puisse acquérir contre son mari ou contre la communauté, une créance dans des conditions telles, qu'elle puisse en demander un paiement immédiat. C'est, qu'en effet, les récompenses ne peuvent se réclamer qu'à la dissolution de la communauté. De même pour les sommes dont les époux sont respectivement créanciers l'un de l'autre.

(1) Bordeaux, 24 mai 1883. D. supp. V<sup>e</sup>, Vente, n<sup>o</sup> 174.

De tout cela, il résulte que l'art. 1595 al. 2 ne pourrait recevoir à peu près aucune application sous le régime de la communauté ; et cependant, ainsi qu'on l'a fait observer, il n'est pas douteux que le législateur, en introduisant dans l'art. 1595 la seconde exception sur laquelle nous discutons, n'ait eu principalement en vue les époux mariés sous ce régime. Ce qui le prouverait, au besoin, c'est cette condition exprimée par l'article, qu'il s'agisse d'immeubles ou de deniers qui ne tombent pas en communauté.

Notre théorie aboutit à la conséquence suivante ; c'est que, la libération que le mari voudrait effectuer en opérant une dation en paiement à sa femme, ne se trouvera être impossible pour lui, qu'autant qu'il résultera du régime matrimonial même adopté par les époux, que le mari ne peut pas faire un paiement libératoire légitime. Tel est le cas du régime dotal, car le mari ne peut pas restituer la dot avant la dissolution du mariage ou la séparation de biens, et par suite, ne peut faire aucune cession en paiement de la dot.

Mais, en dehors de cette impossibilité qui tient au régime matrimonial lui-même, toutes les fois que le mari peut valablement effectuer le remploi, c'est-à-dire, toutes les fois que la dette peut être payée parce qu'elle est certaine et liquide, on ne voit pas pourquoi sous le prétexte de non exigibilité immédiate, il serait interdit au mari de faire le remploi au moyen de ses biens propres plutôt qu'avec des biens acquis d'un tiers (1).

(1) En ce sens Aubry et Rau, IV, §. 351, note 23. — Guillouard,

L'observation que nous venons de présenter au sujet du régime dotal, n'aboutit pas, remarquons-le, à dire que jamais l'art. 1595, al. 2, ne recevra d'application quand les époux seront mariés sous ce régime.

Nous avons, en effet, signalé un cas où même avec la théorie de la Cour de cassation sur l'exigibilité, il y aurait lieu à l'application de notre texte : c'est le cas où la cession serait faite par le mari à titre de remploi d'un bien paraphernal aliéné par lui, et dont il aurait touché le prix.

Aussi, disons-nous, que l'art. 1595, al. 2 est applicable non seulement au cas où les époux sont mariés sous le régime de la communauté, mais encore lorsqu'ils ont adopté le régime dotal. Pourvu que la cause légitime qu'exige la loi, se trouve dans la cession, c'est-à-dire, pourvu que la dette soit de celles que le mari peut payer valablement, pendant le mariage, peu importe sous quel régime les époux sont mariés.

Si nous faisons cette observation, c'est que la question avait fait doute un instant, et que la Cour de Grenoble notamment, avait jugé que les cas de remploi donnés pour exemple au numéro 2 de l'art. 1595 n'étaient applicables qu'au régime de la communauté (1).

On faisait valoir que les exemples cités par notre article, étaient empruntés à ce régime, et que, par suite, la cession autorisée par ce texte devait être interdite sous les

*Vente*, I, n° 154. — Laurent, T. XXIX, n° 36. Note sous Cass. 15 juin 1881, D. 82, I, 193.

(1) Grenoble, 1 mars 1831, S. 1832, 2, 55.

autres régimes. Cette restriction ne se justifiait à aucun titre. Le législateur, en disant : « si ces immeubles ou deniers ne tombent pas en communauté », ne se référait pas nécessairement par là et d'une manière exclusive au régime de la communauté. En effet, supposons un régime exclusif de communauté, les immeubles ou deniers, « ne tomberont pas alors en communauté », puisqu'il n'en existe pas entre les époux. Ce cas rentre bien aussi dans l'expression légale.

La cession est donc possible dès que la cause est légitime, et qu'aucune fraude n'est possible, quel que soit le régime matrimonial des époux.

*Remploi dans l'art. 1435 et comparaison avec celui de l'art. 1595.*

Nous venons d'étudier le remploi par voie de dation en paiement. Le Code prévoit d'autres cas de remploi dans les art. 1434 et 1435, c'est un remploi par voie d'acquisition.

Dans l'art. 1435, il s'agit de remploi opéré par le mari pour le compte de sa femme. Est-ce là un contrat entre époux ? C'est ce que nous allons voir, puis nous comparerons rapidement le remploi de l'art. 1435 avec celui de l'art. 1595, afin de distinguer les deux opérations.

Dans une théorie générale des contrats entre époux, le seul point que nous ayons l'intention d'examiner relativement au remploi de l'art. 1435 est de savoir s'il y a là un véritable contrat entre conjoints. La réponse à cette question dépend de la nature juridique de l'opération, de l'acte que le mari accomplit, lorsque, voulant procurer à sa femme

le remploi d'un propre aliéné par elle, il fait l'acquisition d'un immeuble avec la double déclaration prescrite par l'art. 1435. 1<sup>o</sup> *déclaration de l'origine des derniers* c'est-à-dire indication que les deniers employés à la nouvelle acquisition proviennent de l'aliénation d'un immeuble qui était propre à sa femme et 2<sup>o</sup> *déclaration du but de la nouvelle acquisition*, c'est-à-dire, qu'elle est faite pour lui tenir lieu de remploi :

Ce remploi est un contrat entre époux si l'on base l'opération juridique sur *une offre de dation en paiement* en la décomposant ainsi : acquisition par le mari de l'immeuble au compte de la communauté, et offre faite à la femme d'accepter cet immeuble en paiement du prix de son propre que lui doit la communauté. Si elle accepte, l'immeuble acquis en remploi est subrogé au propre aliéné, et s'il s'agit d'un remploi dotal, l'immeuble devient dotal et inaliénable sauf remploi, comme l'immeuble dont il prend la place. Notons qu'il y a ici double transfert de propriété nécessité de la transcription selon la loi du 23 mars 1855, et qu'enfin, les droits réels et aliénations consentis par le mari avant l'acceptation de la femme subsisteraient ; en un mot, pas de rétroactivité.

Ce remploi de l'art. 1435 est encore un contrat entre époux si le mari est considéré comme faisant *acte de gérant d'affaire* au compte de sa femme.

L'acceptation de la femme est une ratification de la gestion opérée par le mari « *Ratihabitio mandato æquiparatur* ». L'acquisition est au compte de la femme comme

si le mari avait agi en vertu d'un mandat donné par elle. Cette théorie qui paraît plus exacte, conduit à des conséquences inverses à la précédente. Un seul droit de mutation est dû au fisc, l'acceptation de la femme met à néant les aliénations et droits réels consentis par le mari, en un mot, l'acceptation de la femme produit un effet rétroactif au jour de l'aliénation.

Que si, au contraire, avec une théorie nouvelle (1), la base juridique de l'opération *est une stipulation pour autrui*, ce n'est plus là véritablement un contrat entre époux.

Telle est la question, et nous en avons assez dit pour distinguer nettement le remploi de l'art. 1435 de l'opération appelée également remploi par l'art. 1595.

Dans l'art. 1595, qu'il s'agisse de cession par le mari à sa femme, d'un bien provenant de lui ou de la communauté, cela exclut l'idée d'un remploi véritable et légal dans l'acquisition. L'art. 1595 vise une hypothèse toute différente du remploi au sens des art. 1434 et 1435, c'est bien un remploi au sens large du mot, mais ce n'est pas un remploi au sens légal. Ce qui constitue, en effet, la caractéristique du remploi au sens précis des art. 1454 et 1435, c'est que la femme est substituée au mari, à la communauté, dans l'acquisition initiale de l'immeuble. La femme prendra l'acquisition aux conditions convenues par le mari, et elle va payer l'immeuble acquis en remploi avec le prix tombé en communauté.

(1) Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville (contrat de mariage), Tome I, n° 421.

En outre, le remploi dans la théorie que nous admettons à un autre effet : c'est la rétroactivité. L'immeuble, malgré que la femme ait accepté plus ou moins tardivement sera censé n'avoir jamais fait partie de la communauté.

Ces effets ne se retrouvent certainement plus dans le remploi par vente ou par cession, dont il est parlé dans l'art. 1595, et c'est là ce qui constitue la différence essentielle entre les deux hypothèses. L'art. 1595 consacre en matière de subrogation réelle, une exception au principe que les époux ne peuvent pas pendant le mariage se constituer des propres à leur gré. Il permet au mari de céder à sa femme un de ses propres ou un bien de la communauté pour le remploi du prix qui lui est dû. Mais, chose importante, ce bien cédé *n'a pas été acquis dans cette vue*. C'est une *datio in solutum* et non un remploi.

Cette cession de l'art. 1595, du moment qu'elle n'a pas été précédée d'une *déclaration initiale de remploi* est une aliénation absolument nouvelle, et donne lieu à un second droit de mutation. A plus forte raison, cette dation ne peut à aucun degré produire rétroactivité. La femme, si elle accepte la cession, aura à supporter tous les droits réels dont le mari aura grevé l'immeuble. Enfin, s'agissant d'une seconde acquisition, les formalités de transcription de la loi de 1855 lui seraient applicables.

L'opération prévue par l'art. 1595 a deux des effets absolument différents du véritable remploi des art. 1434 et 1435.

3<sup>o</sup> La troisième exception à la prohibition du contrat de vente entre époux, se réfère au cas où « la *femme* cède des biens à son mari en paiement d'une somme qu'elle lui aurait promise en dot et lorsqu'il y a exclusion de communauté. »

Cette hypothèse est assez simple, et ne soulève pas beaucoup de difficultés.

Ici la cession ne peut être faite que par la femme au mari. Voici l'espèce prévue au texte :

Une femme mariée sous un régime exclusif de communauté, sous le régime dotal, par exemple, a promis à son mari une dot de telle somme d'argent payable dans tant d'années. Il se trouve qu'à l'expiration de ce délai, la femme n'a pas de fonds disponibles pour s'acquitter envers son mari ! Va-t-elle être obligée de vendre à un tiers ses immeubles paraphernaux pour se procurer la somme qu'elle doit payer ? Rigoureusement, le mari pourrait l'y obliger si c'était là son intérêt, comme si par exemple il avait besoin d'argent pour son commerce ou une industrie, car il a droit dans notre hypothèse à une somme d'argent, et on ne peut pas le contraindre à recevoir une autre chose que ce qui lui est dû (art. 1243). Si la femme lui offre en paiement la cession d'un de ses biens paraphernaux, et qu'il accepte, l'opération sera valablement faite. Tel est le cas de l'art. 1595 al. 3. Cet immeuble ne sera pas, du reste, un bien dotal, l'art. 1553 nous le prouve. Il deviendra la propriété du mari comme le serait devenue la somme d'argent promise en dot, si elle eût été payée.

Si, au lieu d'une somme d'argent, la femme s'était constitué une créance contre un tiers, créance devenue irrécouvrable par suite d'un événement quelconque, la femme pourrait encore s'acquitter envers son mari par une dation. En agissant ainsi, elle aurait l'avantage de se libérer de l'obligation de garantie envers son mari (art. 1440 et 1547). Une seule question est à examiner sur l'art. 1595 al. 3. Qu'est-ce que la loi entend par ces mots. « lorsqu'il y a exclusion de communauté ? »

Cela nous paraît signifier : « Lorsque les époux sont mariés sous un régime autre que celui de communauté. »

La cession sera donc possible sous le régime sans communauté, sous le régime de séparation de biens, et sous le régime dotal. L'exemple que nous citons tout à l'heure, se référerait précisément au régime dotal.

Si les époux ont adopté le régime d'exclusion de la communauté, la femme qui a promis une somme d'argent, en dot, peut donner en paiement un de ses biens meubles ou immeubles. Il pourrait sembler, à examiner superficiellement les choses, que le mari ne peut pas trouver d'intérêt dans cette cession, parce qu'il est ici usufruitier de tous les biens de sa femme. L'intérêt consiste pour le mari, en ce que, devenant propriétaire du bien cédé, il peut en disposer comme il aurait pu le faire de la somme promise en dot s'il en avait reçu le paiement.

Sous le régime de la séparation de biens, la femme promet parfois en dot une somme d'argent, dont la jouissance représente pour le mari la portion contributoire de la femme

dans les charges du ménage (art. 1537). Si elle cède en paiement un de ses biens au mari, celui-ci en aura la jouissance et la libre disposition, alors que, d'après le régime matrimonial, il n'avait aucun droit sur ce bien.

En somme, la cession autorisée par l'art. 1595 al. 3 n'est interdite que dans le cas où les époux sont mariés sous le régime de communauté. Cela se comprend fort bien sous la communauté légale, la cession y est impossible, car la femme ne promet aucune dot à son mari, La même impossibilité ne se produit pas sous la communauté conventionnelle. L'art. 1500 nous montre que la femme peut avoir promis d'apporter une certaine somme d'argent. Peut-elle s'en libérer par voie de dation ? Notre texte s'y oppose. C'est, a-t-on dit, que la cession « modifierait alors les effets du contrat de mariage, en substituant à une somme d'argent qui devait entrer dans la communauté, un immeuble qui n'y entrerait pas. » (1)

Pour admettre la cession dans ce cas, il faudrait donner aux mots de l'art. 1595 « lorsqu'il y a exclusion de communauté » le sens suivant : « lorsque les biens donnés en paiement sont exclus de la communauté. »

Mais cette interprétation qui a été proposée par un auteur (2), semble très difficile à admettre, en présence des travaux préparatoires.

Si la femme, mariée sous un régime autre que celui de

(1) Guillouard, *De la vente* T. I, n° 161.

(2) Demante et Colmet de Santerre, T. VII, n° 21 bis.

la communauté, était débitrice de son mari pour causes *antérieures* au mariage, et étrangères à la constitution de dot, (exemple : paiement d'un prix de vente ou remboursement d'un prêt), pourrait-elle, pendant le mariage, lui céder un de ses biens en paiement de sa dette? Non, car l'article 1695, al 3, contient une exception de faveur pour le paiement de la dot, exception qui ne peut pas être étendue à d'autres cas.

L'hypothèse qui nous occupe reste donc comprise dans la règle générale qui interdit la vente entre époux. C'est peut être regrettable, car le mari, ayant ici le droit de saisir les biens de sa femme, il aurait semblé bon d'autoriser celle-ci à se libérer envers lui par voie de dation. Un membre du conseil d'Etat avait demandé que notre article permît la cession dans ce cas, et le texte avait été modifié en ce sens dans le projet; mais cette modification, on ne sait pourquoi, ne fut pas conservée dans le projet présenté au conseil d'Etat. L'art. 1595 a un caractère trop exceptionnel, pour qu'il puisse se prêter à cette extension qui pourtant eût été désirable.

La prohibition du contrat de vente que la loi édicte entre époux, doit-elle s'étendre à l'adjudication, en sorte que l'un des époux ne pourrait pas pendant la durée du mariage se porter adjudicataire d'un immeuble appartenant à son conjoint, et qui aurait été l'objet d'une expropriation de la part de ses créanciers.

Il nous paraît certain que l'adjudication doit être permise. La tradition est en ce sens; elle n'interdisait entre

les époux que la vente volontaire « *voluntaria alienatione* » dit d'Argentré et non pas la vente forcée. Le Code a entendu s'en tenir à cette tradition ; son texte même le prouve. Il se sert du mot vente dans l'art. 1595, et non du mot adjudication qu'emploie l'art. 1596. Les motifs de prohibition ne se rencontrent, du reste, plus ici. Il n'y a à craindre ni les donations déguisées, ni les fraudes aux droits des créanciers (1).

Telles sont les ventes permises exceptionnellement par l'art. 1595.

Dans les trois cas prévus et autorisés, la loi apporte une restriction énoncée dans le paragraphe final de notre article. « Sauf dans ces trois cas les droits des héritiers des parties contractantes, il y a avantage indirect. »

Une vente, ou mieux une dation ayant été faite entre époux, il peut en résulter un avantage indirect pour l'un d'eux. Supposons, par exemple, une femme mariée sous le régime dotal. Elle s'est constituée en dot une somme de 60,000 fr. et elle cède à son mari un immeuble, destiné à servir de paiement de cette dot et qui vaut 100,000-fr. Elle procure ainsi à son mari un avantage indirect de 40,000 fr. sans que du reste, par hypothèse, l'opération soit en aucune façon frauduleuse.

Qui peut critiquer cet avantage indirect? Ce sont seule-

(1) Gaillouard, *De la Vente*, n° 148. Troplong donne un motif autre que celui que nous adoptons. *Le contrat de Vente*, dit-il n'a pas lieu entre époux ; ce sont plutôt les créanciers saisissants qui sont les vendeurs (T. I, n° 178, note 2). C'est inexact, c'est le saisi qui est le vendeur, et les créanciers poursuivent la vente en son nom.

ment les héritiers réservataires. Ils auront l'action en réduction si l'avantage dépasse la quotité disponible fixée par les art. 1094 et 1098. Les autres héritiers n'auront pas droit d'agir ; il s'agit en effet d'un avantage indirect, or, un avantage indirect n'est pas nul en lui-même, et par cela seul qu'il est indirect. Il est valable dans la limite de la quotité disponible, art. 1099, et c'est seulement en tant qu'il excède cette mesure, c'est-à-dire en tant qu'il entame la réserve, qu'il peut être critiqué. Seuls donc, les héritiers en faveur desquels la loi établit la réserve peuvent agir (1).

A fortiori, les créanciers de l'époux ne peuvent pas attaquer le contrat en invoquant ce motif. Ils n'auraient action que s'il y avait fraude, c'est-à-dire, si les époux avaient voulu masquer une libéralité véritable sous l'aspect d'une *datio in solutum*. Si l'opération est principalement un acte à titre onéreux, et que l'avantage indirect n'y apparaisse que comme accessoire, les créanciers ne peuvent attaquer cet acte. S'ils parviennent à établir la fraude, la cession serait nulle pour le tout, et non pas seulement pour la portion qui excède la créance de l'époux qui a réellement reçu paiement. L'acte doit être apprécié dans son ensemble, maintenu ou annulé en totalité ; s'il est frauduleux, il ne peut subsister pour aucune portion (2).

Il ne nous reste plus, pour en terminer avec la vente entre époux, qu'à rechercher, quel sera le sort de la vente

(1) *Cass.*, 11 mai 1868, D. 68. 1. 456. — *Cass.*, 22 décembre 1880, D. 81 1. 156,

(2) *Cass.*, 18 février 1878, D. 78. 1. 291.

faite en dehors des cas où l'article 1595 la permet expressément ? C'est rechercher la sanction de la prohibition légale.

On a proposé plusieurs systèmes. L'opération serait considérée comme donation entre époux, révocable selon l'article 1096, et réductible si elle excède la quotité disponible. Mais c'est là dénaturer la volonté des parties qui n'ont peut être pas voulu faire une donation (1). Aussi, quelques auteurs ont proposé une distinction ; si les parties ont voulu faire une donation, elle sera traitée comme telle, mais si elles ont entendu faire une vente, elle sera nulle de par l'article 1595 (2). Cette opinion, outre la difficulté de connaître l'intention exacte des parties, se heurte à des objections très graves, qu'il nous sera facile de montrer en exposant un troisième système qui nous paraît être celui de la loi, et qui tend à prévaloir aujourd'hui. La vente entre époux, faite en dehors des exceptions prévues par l'article 1595, est nulle dans tous les cas. Sa nullité est la sanction de toute prohibition en matière de contrats entre époux, ainsi que nous l'avons indiqué dans notre théorie générale des contrats entre époux.

L'opération faite en contravention de l'article 1595 sera nulle, que les parties aient voulu faire une vente véritable ou même une donation. Si les parties ont eu l'intention de faire une vente, la nullité résulte d'abord de la formule prohibitive qu'emploie l'article 1595. « Le contrat de vente ne peut avoir lieu que dans les trois cas suivants ». En

(1) Toullier, T. XII, n° 41.

(2) Troplong, n° 185.

outre, par le fait seul qu'une convention est prohibée par une loi de fond, elle est nulle, par suite d'une nullité virtuelle, et sans qu'il faille un texte formel sur ce point. Il en est autrement dans une loi de procédure. Si les parties avaient voulu faire une donation, l'opération serait encore nulle ; elle le serait d'abord par application de l'article 1099 alinéa 2, qui déclare nulles les donations déguisées sous la forme d'un contrat à titre onéreux. Que si avec la jurisprudence, on reconnaît ces donations déguisées comme valables, la nullité de la dation effectuée en dehors des cas exceptionnellement autorisés résulte de l'application même de l'article 1595. car si une donation pouvait être déguisée sous le couvert d'un autre contrat, encore faudrait-il que ce contrat ne fût pas défendu par la loi, que l'acte dont elle emprunte la forme, ne soit pas interdit entre époux. Or, la vente, comme la donation en paiement sont prohibées formellement ; il serait impossible de concevoir comment elles pourraient devenir valables parce qu'elles renferment une donation dont on n'a pas non plus suivi les formes.

L'acte est nul en la forme comme vente, art. 1595 et comme donation, pour inobservation de l'article 932 (1), quel est le caractère de cette nullité ? C'est une nullité relative. La vente est nulle, annulable suivant les principes que nous avons énoncés plus haut.

(1) Aubry et Rau, T. IV, n° 351. — Colmet de Santerre T. VI, n° 22 *bis*, Guillouard, *Vente*, II, n° 165. D. *Rep.* n° 439. *Suppl.* n° 180 et les nombreux arrêts cités.

## CHAPITRE II

### DE L'ÉCHANGE

---

La règle prohibitive énoncée dans l'art. 1595 pour la vente, s'applique-t-elle à l'échange entre époux ?

Il semblerait devoir suffire pour répondre à cette question de citer les termes de l'art. 1707. « Toutes les autres règles prescrites pour le contrat de vente s'appliquent d'ailleurs à l'échange ».

A cette assimilation on a cependant présenté diverses objections (1). On a fait remarquer que malgré la généralité des termes de l'art. 1707, le renvoi aux règles de la vente est moins absolu qu'on ne pourrait le croire. Il y a, dit-on, divers articles sur la vente qui sont certainement inapplicables à l'échange précisément parce que le rôle des parties n'est pas nettement distinct dans l'échange, comme il l'est dans la vente. Il n'y a plus un vendeur et un acheteur, il y a deux co-échangistes ; aussi ne peut-on appliquer ni l'art. 1593 relatif au frais, ni l'art. 1602 sur l'interpréta-

(1) M. Planiol, dans une remarquable étude parue dans la *Revue critique*, 1888, p. 273. — Limoges, 30 décembre 1861.

tion des pactes obscurs, sont également inapplicables, tous les articles qui supposent le versement d'un prix en argent, 1601 au sujet de la restitution partielle du prix si la perte n'est que partielle, 1617 relatif au défaut de contenance ; enfin, l'art. 1596 est encore intransmissible à l'échange, car les échanges ne se font pas aux enchères.

« L'application à l'échange des règles de la vente, est donc en dépit l'art. 1709 subordonnée à une identité de motifs ; quand cette identité fait défaut, elle devient impossible ».

Si la vente a été prohibée entre époux, c'est pour empêcher les libéralités cachées et irrévocables en fait, faute de pouvoir prouver la simulation. Or, c'est le rôle différent des parties qui rend les fraudes faciles. L'un livre un bien en nature, l'autre de l'argent ; rien de plus simple que donner quittance sans que le prix ait été versé, et c'est alors une donation.

« Ce danger est-il à craindre dans l'échange ? Non, puisque la contre partie de la chose reçue doit toujours être fournie en choses équivalentes, et que toute remise simulée est ici impossible. On peut feindre d'avoir reçu de l'argent, car, l'argent fuit sans laisser de traces, on ne peut pas faire le même mensonge pour un immeuble quand on ne l'a pas reçu ».

M. Planiol pense donc que l'hypothèse de l'échange rentre dans les exceptions permises par l'art. 1595. Si la loi a admis des exceptions à la prohibition de la vente, c'est que, dans les cas visés, il ne peut pas y avoir simu-

lation dans le versement du prix. La chose soi disant vendue, est livrée pour l'exécution d'une dette antérieure et indiscutable. L'époux reçoit la contre valeur de ce qu'il livre, et la fraude ne peut pas se réaliser.

Or, il est bien évident que dans l'échange, il y a la même certitude sur la réalité des prestations effectuées de part et d'autre par les époux.

Ces objections sont sérieuses et de nature à faire hésiter, mais il nous semble cependant, que l'interdiction de l'échange doit prévaloir dans l'état actuel de notre législation. Il est peut-être téméraire de dire comme l'a fait la cour de Pau dans un arrêt du 5 janvier 1885 (1) « qu'il y a des raisons identiques à celles qui ont fait interdire le contrat de vente entre époux, pour prohiber entre eux le contrat d'échange ».

Il peut être juste de reconnaître que l'échange n'offre pas les mêmes facilités que la vente, soit aux fraudes à l'égard des créanciers, soit aux libéralités excédant la quotité disponible, au moins quand l'échange est fait entre biens de valeur égale, c'est-à-dire sans soulte. Mais encore une fois, dans l'état actuel des textes, la combinaison des art. 1707 et 1595 paraît conduire forcément à la prohibition de l'échange entre époux.

La généralité des termes de l'art. 1707 ne permet guère de douter que l'application de l'interdiction générale des ventes entre époux, ne doive s'étendre à l'échange. Le Code a voulu certainement établir l'assimilation entre ces

(1) D. 86. 2. 44. S. 87. 2. 113.

deux contrats. « Les règles, dit le tribun Faure, sont presque en tout point les mêmes pour les deux contrats de vente et d'échange; aussi, le projet actuel ne contient qu'un très petit nombre de dispositions. Ce qu'on aurait ajouté, n'eut été que la répétition de celles consacrées par la loi sur les obligations conventionnelles en général ».

Quant aux règles de la vente qui sont intransmissibles à l'échange, telles que celles des art. 1593 et 1603, c'est que la nature même des choses y met obstacle. Mais dit M. Bufnoir (1) il n'y a rien de pareil pour l'art. 1595, et, au contraire, il subsiste des motifs suffisants pour en justifier l'application à l'échange. Il serait imprudent d'autoriser l'échange entre époux, sans l'entourer de précautions destinées notamment à empêcher qu'il n'abrite des libéralités irrévocables. L'échange avec soulte ne présenterait-il pas d'ailleurs tous les dangers de la vente elle-même ? »

La fraude n'est-elle pas à craindre encore, car la soulte peut n'avoir pas été payée, et c'est encore là une libéralité irrévocable ? Il est vrai, qu'à cette objection, on a répondu que « ce même danger peut exister dans les trois cas de dation en paiement autorisés par l'art. 1595, car la même inégalité peut se retrouver entre le montant de la créance et la valeur fournie. Ce n'est donc pas cette crainte d'une donation faite au moyen de l'inégalité des valeurs échangées, qui a motivé l'interdiction de vendre, car la seule

(1) S. 87. 2. 113. — Demolombe, *Contrat de mariage*, T. II, n° 239.

précaution prise par le législateur se trouve dans la fin de l'art. 1595 « sauf les droits des héritiers des parties contractantes, s'il y a avantage indirect. » La seule conséquence de l'assimilation de l'échange à la vente, devrait consister dans l'application de cette disposition. » (1)

Malgré cette augmentation, il semble bien certain qu'un époux qui voudrait obtenir de son conjoint une libéralité irrévocable, pourrait atteindre aisément ce résultat en faisant déguiser cette libéralité sous la forme d'un échange, en échangeant un de ses immeubles propres contre l'immeuble d'une valeur supérieure appartenant à son conjoint. Or, si cette libéralité n'excède pas la quotité disponible, ou, si la quotité disponible étant dépassée, il n'existe pas d'héritiers réservataires pouvant exercer l'action en réduction, la donation déguisée deviendra irrévocable, malgré le vœu formel de la loi dans l'art. 1096. Ajoutons, enfin, avec M. Bufnoir, que l'utilité pratique de l'échange entre époux n'apparaît pas très nettement, et, qu'elle ne se montrera que dans des circonstances assez rares pour que le législateur n'ait pas pris souci de le permettre même en le réglementant.

La prohibition de l'art. 1595 embrasse donc l'échange, et, il s'en suit, par la force même des choses, que les exceptions contenues dans cet article ne sauraient s'appliquer à l'échange.

(1) M. Planiol, *loc. cit.*,

En effet, ces hypothèses particulières sont toutes des cas de *datio in solutum* et ne pourront jamais s'appliquer à l'échange puisqu'il consiste en un double transfert de propriété opéré en même temps (1).

(1) En ce sens, M. Bufnoir, note précitée.

---

## CHAPITRE III

### RÉTABLISSEMENT DES CONVENTIONS MATRIMONIALES APRÈS LA SÉPARATION DE BIENS

---

Aux termes de l'art. 1451 « La communauté dissoute par la séparation de corps et de biens, soit de biens seulement, peut être rétablie *du consentement des deux parties* ».

Cette disposition est également applicable sous les autres régimes que celui de la communauté (1563), de même que la séparation de biens judiciaire est possible sous tous les régimes à condition que la dot soit en péril. Par une convention intervenue entre eux, les époux séparés de biens peuvent rétablir leurs conventions matrimoniales. Cette faculté qui leur est laissée, est pleinement justifiée par cette considération que la séparation est vue avec peine par la loi, et n'est qu'une dérogation aux conventions matrimoniales imposée par la nécessité.

Qu'il faille *le consentement des deux parties* pour effectuer le rétablissement du régime antérieur, cela se comprend aisément. Ne s'agit-il pas pour chaque époux de renoncer à des droits que la séparation lui avait conférés ? La femme

notamment ne va-t-elle pas perdre en revenant à la communauté, par exemple, la capacité partielle que lui donnait son état de femme séparée de biens (art. 1449) et même, « le plein exercice de sa capacité civile, sans qu'elle ait besoin de recourir à l'autorisation de son mari ou de justice » si la séparation de biens était pour elle le résultat de la séparation de corps (art. 3, loi du 6 février 1893).

Cette convention entre époux, exige donc leur double consentement, et la femme se désisterait vainement d'une séparation de biens dûment exécutée, si le mari n'y consentait pas. De même, l'époux qui a obtenu la séparation de corps, ne peut en faire cesser les effets par sa seule volonté, en déclarant renoncer au bénéfice du jugement de séparation.

Le retour au régime matrimonial originaire étant vu avec faveur par la loi, on admet que le consentement des parties suffit pour en opérer le rétablissement, sans qu'il soit besoin pour les époux, s'ils sont mineurs, d'obtenir à cette effet, le consentement des ascendants ou du conseil de famille. Ce contrat entre époux présente une particularité, c'est la limitation de l'art. 1451. « Toute convention par laquelle les époux rétabliraient leur communauté (ou tout autre régime), sous des conditions différentes de celles qui la réglaient antérieurement, est nulle. » Les époux doivent donc rétablir leurs conventions matrimoniales sur les bases qui les régissaient avant que la séparation ne fût intervenue entre eux. Ils ne peuvent ni substituer un autre régime à celui qu'ils avaient adopté, ni

même y faire la moindre modification. C'est une conséquence du principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales.

Sans cette disposition, il aurait été possible de masquer des fraudes, surtout quant à la composition de la communauté, et il aurait pu se faire que la séparation de biens n'ait eu d'autre but que de déroger à l'art. 1395. Les époux auraient pu vouloir ainsi, par exemple, mettre hors de la communauté, une succession dont on avait prévu l'ouverture prochaine; ils auraient alors sollicité la séparation, puis la succession recueillie, ils auraient rétabli la communauté.

Ainsi s'explique l'interdiction de toute modification au régime antérieur dans la convention qui fait retour à ce régime. « Tout changement est nul, disait le tribun Duvergier, parce que les conventions matrimoniales sont inaltérables. » L'art. 1451 *in fine* n'est donc en un mot que le prolongement de l'art. 1395. Il ne peut pas y avoir deux contrats pour le même mariage, ou selon les expressions de Pothier, « il ne peut y avoir deux communautés entre conjoints par mariage, l'une qui ait duré jusqu'à la sentence de séparation, l'autre qui aurait commencé lors du rétablissement; il n'y a entre les conjoints que la seule communauté qui a commencé lors du mariage (1). »

Ceci étant, et en présence d'une clause qui dans la convention de rétablissement du régime ancien, violerait la

(1) Pothier, *Traité de la Communauté*, n° 529.

prohibition de l'art. 1451 *in fine*, il s'agit de savoir si la nullité frappe seulement la clause dérogatoire, ou l'acte même portant rétablissement des conventions matrimoniales précédentes.

Selon Pothier et Lebrun, c'était seulement la clause dérogatoire qui était nulle. Cette opinion est encore soutenue par quelques auteurs qui déclarent que, si le législateur avait voulu frapper de nullité l'acte même de rétablissement, il aurait dit dans l'art. 1451, al. 4 la *convention par laquelle*, et non pas *toute convention par laquelle*. Cette dernière locution, dit-on, démontre que le mot *convention* a été pris comme synonyme de *clause* (1).

Le régime antérieur serait donc rétabli, à moins, toutefois, que les époux n'en eussent formellement subordonné le rétablissement à l'exécution des clauses portant dérogation aux conditions primitives de leur régime.

L'opinion adverse, celle qui annule la convention toute entière, déclare que le régime antérieur n'est pas rétabli, et que les époux restent séparés de biens, se base sur les arguments suivants : Cette décision, dit-elle, serait plus conforme à l'intention probable des parties qui par le seul fait de l'insertion de diverses clauses et conditions dérogatoires au contrat primitif, montrent évidemment leur volonté de ne pas accepter le rétablissement pur et simple. C'est le seul moyen de protéger l'un et l'autre des époux contre toute surprise.

(1) Pothier, *De la Communauté*, L<sup>o</sup> 529. — Duranton, T. XIV, n<sup>o</sup> 131. — Aubry et Rau, T. V. p. 516, note 84.

Cette solution, ajoute-t-on enfin, est en harmonie avec la théorie de la loi sur les effets des conditions illicites dans les contrats à titre onéreux, et dont la présence suffit à annuler le contrat (art. 1172). Nous serions plutôt portés à déclarer que la question devrait surtout se résoudre en fait, par interprétation de la volonté des parties.

Si la dérogation apportée aux règles du régime primitif est de telle nature, qu'on doive présumer que les parties aient entendu en subordonner le rétablissement à cette dérogation même, c'est sur la convention toute entière que devra porter l'annulation. Mais le plus souvent, la clause dérogatoire est peu importante, accessoire, et n'est pas entrée dans l'esprit des parties, comme une cause déterminante de leur consentement ; c'est alors cette clause seulement qu'il conviendra d'annuler.

Cette distinction paraît s'accorder avec le texte même de la loi qui n'annule la convention des époux, qu'en tant qu'elle rétablirait la communauté sous des conditions différentes (1).

Ce contrat entre époux présente encore une particularité : il faut qu'il soit passé devant notaire et avec minutes. Il importe, en effet, que le rétablissement du régime primitif soit l'œuvre d'une volonté sérieuse et réfléchie. La présence du notaire, au surplus, est une garantie contre les pressions et les surprises ; mais en outre, la forme notariée assure à la fois, à l'acte qui en est revêtu, et la date certaine, et la

(1) Colmet de Santerre T. VI, n° 103 bis.

conservation de l'acte. Si un acte sous seing privé suffisait pour rétablir le pacte matrimonial antérieur, il pourrait se produire des antيدات, et de plus, les parties, par la destruction matérielle de l'écrit, auraient libre faculté de supprimer la preuve de ce rétablissement, et de revenir ainsi à leur gré à la séparation de biens.

Ici donc apparaît l'*intérêt du tiers*, et la loi s'est préoccupée de l'assurer en exigeant la *publicité*. « La communauté ne peut l'être (rétablie), que par un acte passé devant notaires et avec minutes, et dont une expédition doit être affichée dans la forme de l'art. 1445. »

L'état des époux est modifié par ce rétablissement, en ce qu'il détruit les droits que la femme avait reçus du jugement de séparation. Il faut donc que les tiers en soient avertis. Tant que cette formalité de publicité n'aura pas été accomplie, le rétablissement de la communauté ne pourra pas être opposé au tiers.

Vaudra-t-il, du moins, dans les rapports des époux entre eux ? La plupart des auteurs l'admettent. Et, en effet, la publicité est prescrite et organisée uniquement dans l'intérêt des tiers, et non pas des parties elles-mêmes, et l'on ne doit pas, à moins d'un texte formel, autoriser celles-ci, pour se soustraire aux conséquences d'une convention qui est leur œuvre, à se prévaloir de l'inaccomplissement d'une formalité qui n'est pas exigée en leur faveur.

Y a-t-il lieu d'appliquer ici le complément de publicité requis, à peine de nullité par l'art. 872 du code de procédure civile ? La loi est muette sur ce point. Il y a de fortes pré-

somptions pour penser que ce n'est là que le résultat d'un oubli, mais l'interprétation restrictive est de rigueur pour tous les textes qui édictent des nullités. On ne peut pas suppléer une disposition qui entraîne la nullité d'un acte (1). Quant à l'effet du rétablissement du régime primitif, c'est que les conventions matrimoniales, rétablies par la volonté des parties, manifestées dans les formes légales, sont censées n'avoir jamais cessé d'exister. C'est ce que dit l'art. 1451 al. 3. « La communauté rétablie reprend son effet du jour du mariage ; les choses sont remises au même état que s'il n'y avait point eu séparation, sans préjudice, néanmoins, de l'exécution des actes qui, dans cet intervalle, ont pu être faits par la femme, en conformité de l'art. 1449. » L'effet de la convention par laquelle la séparation de biens prend fin, est donc de rétablir le régime matrimonial que les époux avaient adopté en se mariant. S'ils étaient mariés en communauté, la convention qui intervient entre eux rétablit cette communauté, et n'en constitue pas une nouvelle. En conséquence, tous les biens acquis par l'un des époux depuis la séparation, et qui, sans elle, seraient tombés dans la communauté, doivent être considérés comme communs. C'est ainsi que la communauté profitera des acquisitions faites, et des successions mobilières échues, *medio tempore*, à l'un des conjoints.

Du côté passif, toute dette du mari contractée dans cet

(1) *Cass.*, 17 juin 1839, D. rép. v. *Contrat de mariage*, n° 2082.

intervalle, sera considérée comme dette de communauté. Seulement, pendant la période où la femme a été en état de capacité (art. 1449) elle a pu faire certains actes, comme par exemple, consentir des baux, des aliénations de mobilier rentrant dans les pouvoirs d'administration de l'art. 1449, si la femme est simplement séparée de biens, et même, si la femme était séparée de corps, elle aurait pu consentir des actes quelconques d'aliénation, puisqu'elle recouvre dans ce cas, le plein exercice de sa capacité civile. Ces actes seront exécutés. On ne pourrait les annuler sans injustice envers les tiers ; ce sont pour eux de véritables droits acquis, car ils ont traité en considération d'une capacité qui existait lors de la passation de l'acte, et ils l'ont fait valablement. De même, la femme ne saurait au préjudice des droits acquis aux tiers, prétendre exercer son hypothèque légale sur les immeubles appartenant à son mari, et qui auraient été aliénés durant la séparation de biens.

Observons en terminant, que l'art. 1451 s'applique aussi bien aux époux séparés de corps, qu'aux époux séparés de biens. Les époux séparés de corps qui veulent faire retour au régime qui régissait antérieurement leurs biens, ne le peuvent qu'en rétablissant en même temps la vie commune ; mais la réconciliation n'entraîne pas *ipso facto* la cessation de la séparation de biens ; elle subsiste tant que les formalités de l'art. 1451 n'ont pas été remplies. Cette disposition du Code qui déroge heureusement à l'ancien droit, est de nature à favoriser la réconciliation des

époux. Si l'un d'eux tient à conserver la situation que lui donne la séparation de biens, la perspective d'un rétablissement forcé du régime matrimonial antérieur, aurait fait parfois obstacle à cette réconciliation.

En cas de réconciliation des époux, la femme, qui pendant la séparation de corps était pleinement capable, retombe dans l'incapacité partielle qui frappe la femme séparée de biens. En d'autres termes, sa capacité subit du fait de la cessation de la séparation de corps, une modification, et c'est désormais l'art. 1449 qui détermine cette capacité.

Au reste, cette modification ne devient opposable aux tiers que si la réconciliation est constatée par acte notarié, et publiée conformément aux prescriptions du nouvel article 311.

---

## CHAPITRE IV

### DU MANDAT

---

« Le mandat ou procuration est un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom.

Le contrat ne se forme que par l'acceptation du mandataire » (art. 1984). La légitimité de ce contrat entre époux ne saurait faire doute en présence des textes nombreux qui le consacrent, art. 1420, 1539, 1577, sans compter plusieurs lois spéciales, celles des 9 avril 1881, 20 juillet 1886 et 20 juillet 1895.

S'il était besoin de présenter un motif rationnel, justifiant la possibilité du mandat entre conjoints, il serait facile de le trouver dans l'*intuitus personæ* qui existe au plus haut point dans ce contrat. La considération de la personne est tout à fait déterminante dans le choix d'un mandataire, aussi bien que dans l'acceptation par celui-ci de ses fonctions. Le mandant est guidé par un sentiment de confiance, le mandataire par un sentiment d'affection. Or, à ce point de vue, le mari et la femme ne sont-ils pas tous désignés pour se représenter l'un l'autre ? Ajoutons

que dans le cours du mariage, la nécessité de recourir au mandat sera de nature à se présenter fort souvent, par exemple, au cas de voyage, de maladies, d'occupations graves de l'un des conjoints. Entre époux, comme entre toutes autres personnes, le mandat ne se forme que par l'acceptation du mandataire ; le consentement n'a pas besoin d'être exprès, il suffit qu'il se révèle par les faits et circonstances de la cause, c'est alors le mandat tacite.

Aucune forme n'est exigée du reste, par la loi pour le mandat entre époux, le seul consentement est suffisant. Qu'il s'agisse de mandat donné par le mari à la femme, ou par la femme à son mari, c'est toujours le mandant qui s'oblige « *qui mandat ipse fecisse videtur*. » Derrière le mandataire, c'est le mandant qu'il faut chercher, car c'est lui seulement qui est engagé (art. 1998.)

Le mandat est possible, quel que soit le régime matrimonial adopté par les époux.

1<sup>o</sup> *Mandat donné par la femme au mari.* — Cette hypothèse est assez simple, l'art. 1577 en donne la formule. « Si la femme donne sa procuration au mari pour administrer ses biens paraphernaux, avec charge de lui rendre compte des fruits, il sera tenu vis-à-vis d'elle *comme tout mandataire*. » Ce mandat, comme tout autre mandat, est révocable au gré de la femme. Il ne serait irrévocable, sauf le cas de séparation de biens, que s'il avait été conféré par contrat de mariage, à cause du principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales.

Comme tout mandataire, le mari est tenu de ses fautes ou de ses négligences. En un mot, ce sont toutes les règles ordinaires du mandat qui doivent s'appliquer. Il n'y a qu'une particularité, c'est que le mari ne doit pas compte des fruits, à moins que le pouvoir d'administrer ne lui impose expressément l'obligation d'en faire état, auquel cas il devient comptable en qualité de mandataire (art. 1577 et 1993.)

Si cette clause ne se trouvait pas contenue dans l'acte, le mari ne serait soumis à la dissolution du mariage à aucune restitution. On présumerait dans ce cas que les fruits, au fur et à mesure de leur perception, ont été remis à la femme, ou ont été employés aux besoins du ménage.

Il pourrait arriver que la femme confie à son mari un pouvoir plus étendu que celui d'administrer, et par exemple, lui donne mandat de toucher ses capitaux en son lieu et place, ou lui donne la faculté de consentir des aliénations.

Les pouvoirs du mari, seraient naturellement limités par les termes de ce mandat, et il devrait rendre compte des capitaux qu'il aurait touchés, ou du prix des aliénations qu'il aurait faites.

Le mandat d'administrer les biens paraphernaux peut être *tacite*. C'est le cas prévu par l'article 1578; c'est aussi celui qui est énoncé en des termes identiques par l'article 1539 pour le cas où la femme est séparée contractuellement ou judiciairement (1). Les droits de la femme

(1) L'article 1539 est en effet applicable à la femme séparée par jugement. — *Cass.*, 11 novembre 1895, S. 96. 1. 381.

sur ses biens paraphernaux étant absolument les mêmes que ceux de la femme séparée, le mari alors, soit sur la demande de sa femme, soit à la dissolution du mariage, n'est tenu « qu'à la représentation des fruits existants, et il n'est point comptable de ceux qui ont été consommés jusqu'alors ». La femme est donc censée, en pareil cas, avoir autorisé son mari à dépenser tous les revenus des biens dont elle lui a laissé l'administration. Si la femme révoque son mandat, et veut reprendre l'administration de ses biens, le mari ne lui devra compte que des fruits existants lors de sa demande, c'est-à-dire de ceux qui sont encore en nature ou dont l'équivalent existe, par exemple, le prix encore dû des fruits vendus et les loyers et fermages arriérés. Si le mandat n'a pas été révoqué ; ce sont alors les fruits existants lors de la dissolution du mariage qui seront restitués.

Le mari ne devra, au contraire, rendre aucun compte des fruits consommés, car ils sont présumés avoir servi aux besoins du ménage. Ceci montre que le mari qui aurait touché des revenus non applicables aux besoins du ménage, en serait comptable vis-à-vis de sa femme. Par exemple, s'il avait reçu un capital accru de plusieurs années d'intérêt, il devrait restituer le capital et même les intérêts qui ne peuvent en ce cas être présumés avoir été consommés (1).

(1) Les économies faites par le mari sur le revenu des biens dont sa femme lui a laissé la jouissance, peuvent-elles être réclamées

2° *Mandat donné par le mari à la femme.* — « Toute dette, dit l'art. 1420 qui n'est contractée par la femme qu'en vertu de la procuration générale ou spéciale du mari, est à la charge de la communauté, et le créancier n'en peut poursuivre le paiement ni contre la femme, ni sur ses biens personnels. »

La femme mandataire de son mari, va donc obliger son mari, et par suite la communauté, sans s'obliger elle-même.

Là encore, le mandat peut être exprès ou tacite.

*Mandat exprès.* — Par une clause du contrat de mariage, le mari pourrait par exemple, donner à sa femme le mandat d'administrer les biens de la communauté. Ce mandat, remarquons-le, ne viole pas la règle de l'art. 1338 qui interdit aux époux de déroger « aux droits appartenant au mari comme chef ». Déléguer son pouvoir, c'est en effet pour le mari un mode de l'exercer. On ne pourrait critiquer ce mandat, que si, par une clause du contrat, le mari s'interdisait de le révoquer parce qu'alors il abdiquerait réellement ses pouvoirs ce que ne permet pas l'art. 1388. Rien ne ferait non plus obstacle, à ce que le mari, au cours du mariage, ne donne à sa femme le pouvoir d'administrer le patrimoine commun, ou même sa fortune propre. La femme sera-t-elle obligée de rendre

par la femme ? La question est discutée ; le mari qui administre les biens de sa femme et qui en jouit, est tenu de toutes les obligations de l'usufruitier, (art. 1580).

compte à son mari ? La jurisprudence l'admet en principe, mais n'exige pas un compte rigoureux et détaillé (1).

*Mandat tacite.* — En cette matière, on a recueilli la théorie de l'ancien droit qui admettait que la femme reçoit de son mari le mandat tacite d'effectuer toutes les dépenses quotidiennes pour les besoins du ménage, la nourriture et l'entretien de la famille. La femme, disait Dumoulin est « la procuratrice » du mari. Pothier. Lebrun et Lemoignon consacraient également cette pratique. Cela rentre en effet naturellement dans les attributions et le rôle de la femme.

De plus, la loi impose au mari le devoir de subvenir aux besoins de la famille (art. 214).

Ce mandat tacite, existe au profit de la femme aussi bien sous le régime dotal ou de séparation de biens, que sous la communauté, car c'est une conséquence non pas de l'adoption de tel ou tel régime matrimonial, mais de la vie conjugale elle-même (2).

(1) Orléans, 8 juin 1894, D. 96. 2. 334. — Adde-Bordeaux, 14 juin 1853, D. 54. 2. 39. — Cass., 23 novembre 1868, D. 69. 1. 148. Une autre opinion dispense la femme de rendre compte. Laurent, T. XXVII, n° 500. D. *supp.* v. *Mandat*, n° 86. — L'article 507 permet à la femme d'être tutrice de son mari interdit. Elle reçoit alors, le mandat général d'administrer la fortune du mari.

(2) Cass., 7 Juillet 1896, D. 98, 1, 18. — Tribunal de la Seine, 3 décembre 1895, D. 96, 2, 132. — La présomption de mandat ne s'applique pas seulement à ces dépenses de ménage. « D'une manière générale, dit Toullier, (XII, n° 276), l'habitude d'approuver même tacitement certains actes de la femme, que d'ailleurs elle ne peut faire sans le consentement du mari, donne à ces actes une force irréfragable : Rien n'indique mieux que cette habitude la volonté du mari de confier à la femme ces sortes d'affaires ».

Les dettes ainsi contractées avec des fournisseurs, sont à la charge du mari et de la communauté, et non pas de la femme elle-même, puisqu'elle n'est que mandataire. La femme ne prendrait une part de ces dettes, celles du moins qui ne seraient pas encore soldées, que si elle acceptait la communauté.

Elle en serait alors tenue pour moitié, en sa qualité de commune en biens et seulement dans la limite de son émolument (art. 1483).

Le mandat tacite conféré à la femme, a nécessairement des limites ; la femme ne doit pas faire de dépenses excessives, eu égard à la fortune, à la condition, et à la manière d'être ordinaire des époux.

Tout ne dépend pas en effet absolument de la fortune des époux, si leur dépense habituelle est plus considérable que ne le comporteraient leurs revenus. Il se pourrait que la femme ne connaisse pas très exactement l'état réel des ressources du ménage, surtout si le mari est commerçant, ou se livre à des spéculations ; les tiers, à plus forte raison l'ignoreront, et le mari doit être considéré comme ayant donné mandat d'effectuer les dépenses de la maison dans la proportion, peut être excessive, où il les fait lui-même (1).

Si les limites du mandat sont dépassées, la femme n'oblige plus alors le mari, ni la communauté, car le mandataire n'est plus considéré comme représentant son

(1) Demante et Colmet de Santerre, T. VI, n° 63 bis.

mandant dès lors qu'il agit en dehors des limites de ses pouvoirs « *qui excessit fines mandati aliud facere videtur* » (art. 1989.)

L'action des fournisseurs contre le mari doit donc être restreinte aux dépenses nécessaires et utiles ou au profit personnel que le mari en a tiré. La femme qui excède son mandat ne s'oblige pas personnellement, car il faudrait qu'elle fût autorisée par son mari pour s'engager, et elle ne l'est pas. Elle ne pourrait même pas être recherchée au moyen de l'action *de in rem verso*, parce que la dépense ayant pour cause une dette de la communauté ou du mari, ne lui a pas profité, et que son patrimoine n'en est pas enrichi. (1)

Elle ne pourrait être poursuivie sur ses biens personnels, que si elle avait commis des fraudes pour dissimuler aux fournisseurs sa qualité de femme mariée.

Le mari pourra donc, soit se faire exonérer de la dette excessive, soit plutôt obtenir une réduction sur les fournitures si le tribunal les estime exagérées. Il sera condamné seulement au paiement de la somme arbitrée par le juge.

On voit donc que, dans cette matière, les tribunaux auront à exercer largement leur pouvoir d'appréciation.

Parmi les nombreuses circonstances dont ils auront à s'inspirer, la plus importante sera la bonne ou la mauvaise foi des personnes qui auront traité avec la femme.

(2) Aubry et Rau, V, §. 509, note 58. Laurent, XXII, n° 108. — Guillouard, contrat de mariage, II, n° 866.

La bonne foi se présumera mieux chez le fournisseur s'il s'agit d'objets de première nécessité, qu'à l'occasion d'achat d'objets de luxe. Si, du reste, le mari avait reconnu la dette, il ne saurait alors échapper à une condamnation intégrale.

De même que le mandat exprès, le mandat tacite est susceptible de cesser par la *révocation*. Le moyen le plus efficace, c'est d'avertir individuellement chacun des fournisseurs habituels, au moyen d'une sommation, par exemple, de ne plus rien vendre à la femme (1).

Mais ce procédé qui n'est pas toujours très pratique, devient facilement insuffisant. Il suffit que la femme aille faire des achats chez d'autres commerçants que ceux qui ont été ainsi prévenus. Pour mettre sa responsabilité à couvert, le mari peut recourir à des publications dans les journaux, mais ce mode d'avertissement n'est pas d'une efficacité absolue. En effet, aux termes de l'art. 2005, la révocation du mandat ne peut être opposée aux tiers qui ont traité dans l'ignorance de cette révocation. Les fournisseurs prétendront, le plus souvent, qu'ils n'ont pas eu connaissance de cet avis, lorsqu'ils auront traité à crédit avec la femme, attendu, par exemple, qu'ils ne sont pas abonnés au journal qui a fait l'annonce.

Dans une petite ville, où l'avertissement publié par le mari est susceptible de se propager rapidement, on pourra admettre assez aisément que les négociants ont dû connaître cet avis collectif.

(1) Cass., 12 janvier 1874, D. 74, 1, 153. — Cass., 16 juillet 1889, D. 91, 1, 158 et Sirey, 1890, 1, 115.

Le mandat tacite donné par le mari à la femme pour les dépenses du ménage suppose la vie commune entre les époux. Si donc les conjoints cessent de vivre en commun, ce mandat devra être considéré comme implicitement révoqué.

Cela n'est pas douteux si les époux sont séparés légalement.

Tel est le cas de la séparation de corps, telle nous paraît être aussi l'hypothèse d'un procès en séparation ou en divorce, lorsque du moins, le président a autorisé le demandeur à avoir un domicile séparé.

A partir de ce moment, la femme n'est plus mandataire de son mari, et en conséquence ne peut plus l'obliger, ni lui, ni la communauté. Cette rupture légale de la vie commune met donc fin au mandat, parce que celui-ci a sa cause dans la cohabitation des époux.

Or, *cessante causa, cessatur effectus*. Ajoutons que les art. 238 et 240 supposent qu'il est statué sur une demande relative aux aliments, ce qui n'aurait aucune raison d'être si la femme restait encore mandataire de son mari.

Si la femme avait la possibilité de pourvoir à son entretien, aux dépenses du mari et de la communauté, l'allocation d'une provision alimentaire serait inutile. La cessation de la vie commune avait donc mis fin au mandat (1).

La même solution doit-elle être admise au cas où les époux seront séparés volontairement ?

(1) Paris, 22 novembre 1890, D. 91, 2, 257, et la note de M. Deloynes.

Nous le pensons, car il est toujours exact de faire valoir le motif qu'un mandat qui a pour fondement la vie commune ne peut lui survivre.

On a proposé de distinguer suivant que la séparation a eu lieu par le fait du mari ou par le fait de la femme (1). Si elle est imputable au mari, soit qu'il ait renvoyé sa femme du domicile conjugal, soit qu'il ait lui-même abandonné ce domicile, comme il n'en est pas moins tenu de subvenir aux besoins de sa femme, le mandat tacite continue ; si au contraire, c'est la femme qui a abandonné le domicile conjugal, le mandat tacite du mari doit être considéré comme révoqué afin de ne pas donner à la femme le moyen de prolonger son absence illégale.

Il nous semble plus exact de déclarer que le mandat cesse dans tous les cas. Le mari continue à être tenu de pourvoir à la nourriture et à l'entretien de sa femme, elle aurait action à cet effet contre lui, s'il ne s'acquittait pas de cette obligation ; mais les fournisseurs agiront contre le mari non pas en vertu du mandat tacite qui n'existe plus, la vie commune ayant cessé par cette séparation de fait, mais par l'action indirecte de l'art. 1166. Ils auraient même le droit d'agir *de in rem verso* contre le mari (2). Telles sont les conséquences qui découlent de l'idée du mandat tacite, conventionnel.

Mais la jurisprudence tend à aller plus loin que ces déductions logiques.

(1) Aubry et Rau, T. V, §. 509.

(2) Baudry Lacantinerie, T. III, n° 97 *bis*.

Elle construit toute une réglementation coutumière, et fait une sorte de mandat légal bien plus que conventionnel et calqué sur la volonté du mari. Elle ne recherche plus l'intention. La femme peut engager le mari pour les besoins du ménage, apparents beaucoup plus que réels. Elle ne tient pas compte de la révocation tacite émanée du mari parce que cela serait injuste, car il faut protéger les tiers qui ne connaissent que la situation extérieure (1).

Autant dire que le mandat tacite est inhérent au rôle de la femme, tient au mariage lui-même, et ne dépend pas de la révocation capricieuse du mari.

Le mari ne peut pas révoquer, il n'a que le droit de s'opposer à l'exercice abusif du mandat. En cas de dépenses excessives, les fournisseurs ont action contre le mari dans la limite de l'enrichissement sans cause *de in rem verso*, du moins lorsqu'il y a dépense utile, car son patrimoine s'est enrichi en ce qu'on lui a épargné une dépense qui lui incombait. Dans cette mesure, la révocation du mandat est inopérante, sauf si le mari avait fourni une pension suffisante à sa femme, que celle-ci eut employée en futilités, car le mari s'est alors acquitté de son obligation.

En somme, la jurisprudence considère le mandat domestique de la femme comme un pouvoir qu'elle tient du mariage, de la loi, et qui échappe à la révocation du mari quand la dépense n'excède pas les limites de ce pou-

(1) Aix, 16 juillet 1889, S. 90, 2, 115.

voir (1). Il serait plus franc d'admettre cela dans les termes, et de considérer véritablement le mandat domestique de la femme comme un mandat légal, un pouvoir propre résultant du mariage, de la loi, sous le contrôle du mari. C'est la conception traditionnelle en Allemagne (2). Cette théorie donnerait une base logique à la jurisprudence qui ne repose que sur un « empirisme inexcusable (3) ».

Il ne nous reste plus qu'à dire quelques mots au sujet d'une conséquence qu'entraîne le mandat tacite, la possibilité pour la femme d'effectuer le placement des économies qu'elle réalise sur les ressources dont le mari lui laisse la disposition. Selon l'art. 6 de la loi du 9 avril 1881 sur la caisse d'épargne postale, et l'art. 16 de la loi du 20 juillet 1895 sur les caisses d'épargnes ordinaires, les femmes mariées, quelque soit le régime de leur contrat de mariage, sont autorisées, sur le fondement d'un mandat tacite de la part de leur mari, à déposer des fonds à la caisse d'épargne et à les retirer sans aucune autorisation. Cette disposition se justifie par la constatation que, dans les petits ménages, c'est surtout la femme qui réalise des économies, et souvent sur ses gains personnels. Le mari qui pouvait d'abord révoquer *ad nutum* ce mandat, soit tacitement en retirant lui-même les fonds déposés par la

(1) D. 1891, 2, 257. — Voir les quatre espèces rapportées et notamment Paris, 22 novembre 1890.

(2) Schlussegewald, pouvoir des clefs (art. 1357, dont nous relatons plus loin la disposition).

(3) M. Saleilles à son cours.

femme, soit expressément par le moyen d'une opposition, ne peut plus aujourd'hui recourir qu'à ce dernier moyen (1). (Art. 16, al. 4, loi du 20 juillet 1895.) Au même ordre d'idées se rattache la disposition de l'art. 13 de la loi du 20 juillet 1886 relative à la caisse nationale des retraites pour la vieillesse. « Les femmes mariées, quel que soit le régime de leur contrat de mariage sont admises à faire des versements sans l'assistance de leurs maris. »

(1) C'est là a-t-on fait justement remarquer, un premier pas vers la permission pour la femme de se constituer un pécule provenant de ses gains personnels dont elle aura la libre disposition. Voir art. 31 loi norvégienne du 29 juin 1898. Une disposition semblable à celle que nous venons d'examiner, a été admise en Angleterre dès 1828.

Il en est de même en Italie, et en Belgique elle a même le droit d'en effectuer le retrait malgré l'opposition de son mari.



## TROISIÈME PARTIE

### Contrats passés sous silence par le Code.

---

Nous venons d'étudier les contrats que le législateur a expressément prévus ; il ne nous reste plus qu'à examiner ceux dont il n'a pas parlé. Il va de soi, qu'ici encore, la règle est la liberté pour les époux de contracter entre eux. Nous n'avons évidemment pas l'intention de passer en revue tous les contrats possibles, nous prendrons seulement les plus intéressants, ceux qui sont le plus susceptibles de se présenter entre conjoint.

Parmi ceux-là, la société s'offre d'abord à l'examen, et nous l'étudierons en détail, parce que nous nous trouvons en face d'une jurisprudence qui prétend l'interdire d'une façon absolue. Cela fait, nous examinerons les contrats de louage, de prêt, de cautionnement et d'hypothèque. Pour terminer cette étude, il ne nous restera plus alors qu'à rechercher de quelle manière les législations étrangères ont cru pouvoir résoudre la question des contrats entre époux.

## CHAPITRE V

### DU CONTRAT DE SOCIÉTÉ

---

La société est un contrat par lequel, deux ou plusieurs personnes ayant entre elles une confiance réciproque, mettent en commun une partie de leurs biens, et associent leurs efforts, pour arriver par cette union de biens et de travail à augmenter plus vite et plus sûrement leur fortune.

S'il est un contrat qui semble tout particulièrement désigné pour avoir lieu entre époux, c'est assurément la société, car il est naturel de supposer qu'il existe entre conjoints cette conformité de vues, et cette bonne entente indispensables à la prospérité d'une association, et qui ont fait ranger la société au nombre des contrats qui se forment, en général *intuitu personæ*, selon l'expression romaine.

Il semble donc que si notre règle sur la liberté des contrats doit trouver une application utile, c'est assurément le cas.

Cependant, la doctrine est très divisée sur ce sujet, et la jurisprudence presque entièrement contraire, puisque

non seulement, elle annule les sociétés de commerce formées entre époux, mais elle considère comme dissoutes par le seul fait du mariage celles qui existaient auparavant (1).

Les textes font absolument défaut, et cette solution rigoureuse se fonde exclusivement sur les principes généraux, par le rapprochement de ceux qui sont propres aux sociétés, et de ceux qui gouvernent le mariage.

La jurisprudence fait valoir les arguments suivants : Les rapports pécuniaires des époux, déterminés par le contrat de mariage, doivent demeurer constamment les mêmes, à moins qu'une séparation de biens ne soit judiciairement prononcée, et légalement exécutée. Toute convention qui aurait pour but d'établir une société entre époux, en réunissant tout ou partie des biens des époux, alors qu'ils devraient être séparés d'après le régime adopté, est donc inadmissible, puisque, intervenant au cours du mariage, elle violerait le principe de l'immutabilité du pacte matrimonial.

(1) Paris, 14 avril 1856, S. 56-2-369. — Paris, 24 janvier 1885, D. 88-1-402. — Cass., 6 février 1888, S. 90-1-49 et note de M. Labbé. — Cass., 8 décembre 1891, S. 92-1-293. Les décisions qui précèdent se réfèrent à des époux communs en biens, il en a été rendu de même nature, s'agissant d'époux séparés de biens. — Paris, 9 mars 1859, S. 59-2-502. — Paris, 24 mars 1870, S. 71-2-71. — Dijon, 27 juillet 1870, S. 71-2-268. — Cass., 7 mars 1888, S. 88-1-305 et note de M. Lacoïnta. — Cass., 27 juin 1893, D. 93-1-488. — Paris 10 décembre 1896, D. 97-2-125. — Il va de soi que la présence simultanée de deux époux dans une société, n'est pas une société entre époux.

« La communauté légale est une vraie société entre époux (art. 1837), mais si ceux-ci l'ont écartée par leur contrat de mariage, il n'est pas douteux, à notre avis, que l'établissement d'une société quelconque entre eux, au cours de leur union, apporte une modification à ce contrat. De même, si le contrat de mariage a établi entre époux une communauté plus ou moins étendue, l'intervention postérieure d'une société ne peut en fait que restreindre ou étendre cette communauté, ce qui est défendu par l'art. 1395. » (1)

D'ailleurs, dit-on, ce n'est pas seulement le principe de l'art. 1395 qui se trouverait dans ce cas mis en échec, mais la société aurait aussi pour effet de modifier profondément la situation des époux vis-à-vis l'un de l'autre, au point de vue du rôle prépondérant réservé au mari. Le contrat de société, avec le contrôle qu'il donne à chaque associé, conférerait à la femme un pouvoir incompatible avec son état de soumission.

« Attendu, dit un arrêt du 16 avril 1856, qu'il est de l'essence de la communauté conjugale, que le mari ait seul l'administration pleine et entière des biens de la communauté, qu'il n'est pas permis de porter atteinte à ce principe, même par une stipulation du contrat de mariage, que si l'on admet que la femme commune en biens, puisse régulièrement devenir l'associée en nom collectif de son mari,

(1) Baudry-Lacantinerie, *Le Courtois et surville Contrat de mariage*, t. 1, p. 90.

il faudra nécessairement lui reconnaître un droit de contrôle, et de surveillance sur la gestion de son mari, et de plus, lui permettre d'intenter contre lui pendant le mariage, les actions de diverses natures qui naissent du contrat de société ; telles par exemple, que l'action en complément d'apport, celle en révocation de gérance, celle en dissolution de société, et tant d'autres si variées et si graves, dont l'exercice troublerait la paix du ménage, et la bonne harmonie qui doit régner entre les époux, établirait l'égalité, là où il doit y avoir dépendance, et amoindrirait l'autorité du chef de la société conjugale (1) ».

Une telle société, dit la Cour de cassation, dans un arrêt du 8 décembre 1891 conférerait à chacun de ses membres une égalité de droits incompatibles avec l'exercice de la puissance maritale (2).

« Le contrat de société, quelle que soit la variété des clauses, ne peut maintenir au chef de l'association conjugale, l'autorité même que la loi lui a conférée ; les droits de surveillance, de contrôle de son associée sont incompatibles avec cette autorité ; et le législateur a interdit aux époux, même dans le contrat de mariage, où une si grande latitude leur est laissée, de déroger aux droits résultant de la puissance maritale, sur la personne de la femme, ou des enfants, ou qui appartiennent au mari comme chef (3) ».

(1) Paris, 16 avril 1856, S. 56-2-969.

(2) D. 1892, 1-117.

(1) Note de M. Lacointa sous Cass., 7 mars 1888, S. 88, 1, 305.

Aussi, dit l'arrêt précité, toute société existant entre époux doit être considérée comme non avenue.

Enfin, le dernier argument de la jurisprudence, est que la société peut fournir aux époux un moyen de se faire des libéralités irrévocables. La nullité qui résulte de ces arguments, est une nullité d'ordre public (1), puisqu'elle est établie pour assurer le respect de dispositions impératives comme celles des art. 1388, 1395 et 1096.

La jurisprudence déclare que la nullité, qui d'après elle, entache la société, n'empêche pas qu'elle n'ait produit des rapports de fait entre les deux prétendus associés, et, qu'il est dès lors indispensable, de procéder à une liquidation, en prenant pour base la règle que nul ne peut s'enrichir au détriment d'autrui (2).

Si la jurisprudence est en majorité opposée à la validité du contrat de société entre époux, il n'en est pas de même de la doctrine; car, dit-elle, si l'on s'en tient aux principes généraux, il est difficile de ne pas légitimer ce contrat, à la condition toutefois, qu'il n'ait pas été fait pour violer les dispositions prohibitives du Code. Cette restriction n'est pas particulière à la société, nous l'avons posée à la

(1) Paris, 14 avril 1856, D. 56, 2, 231. — Paris, 24 mars 1870, D. 72, 2, 43.

(2) Cass., 15 novembre 1876, D. 77, 1. 70. — En conséquence de sa théorie, la cour de cassation a jugé notamment : qu'une femme mariée sous le régime de la communauté ne peut pas valablement contracter avec son mari une société en nom collectif, et par suite, ne peut être déclarée en faillite. — (Cass., 9 août 1851. D. 52, 1, 160).

fin de notre introduction, en acceptant le principe et la liberté des contrats sous la condition de leur sincérité (1).

Si l'on ne veut pas arbitrairement contrevenir au principe de la liberté des conventions posé dans l'art. 1123, et créer une incapacité sans qu'aucun texte ne l'établisse, il faut se ranger au raisonnement suivant formulé par M. Labbé en ces termes excellents, dans une de ses notes magistrales.

« Le Code civil précise les contrats à titre onéreux prohibés entre époux (art. 1595), L'article 1707 qui étend à l'échange des dispositions écrites pour la vente, autorise peut-être à frapper de prohibition l'échange entre époux. Mais là s'arrête la défense expresse ou logiquement développée de la loi, la société ne se trouve atteinte et prohibée, ni par un texte, ni par un motif d'analogie. La

(1) Vavasseur, *Société commerciales*, I. 48. — Lyon-Caen et Renault, traité *Droit commercial*, II, n° 78, à l'argument tiré de ce que la constitution d'une société entre époux, mettrait ceux-ci sur le pied d'égalité, et entraînant un droit de contrôle, violerait le principe de la puissance maritale, on a répondu : « qu'on ne distingue pas, à première vue, comment la femme, qui est recevable à demander la séparation, en cas de péril couru par sa dot, contreviendrait davantage à la puissance maritale et au rôle qui lui est fait dans le ménage, en demandant compte à son mari d'une administration de société conclue entre eux ». — M. Thaller, *Droit Commercial*, n° 348.

« La subordination de la femme, ne concerne que les rapports des époux considérés comme tels : elle n'empêche pas la femme de stipuler une indépendance complète en ce qui concerne l'administration de ses biens, elle ne l'empêche pas de faire le commerce, elle n'est donc pas un obstacle à ce que les époux forment entre eux une société dans laquelle, ils seront égaux comme associés ». Laurent, XXVI, n° 140.

société reste sous l'empire du droit commun qui est la liberté.

Sans doute, s'il était démontré, que des époux ont employé la forme d'une société pour modifier les effets de leur contrat de mariage; si l'intention des époux paraissait avoir été d'éluder l'art. 1395, C. civ., si la société paraissait avoir été imaginée pour attribuer à la femme une indépendance contraire aux droits du mari comme chef; si l'on apercevait que le résultat prévu de la société serait d'enrichir gratuitement et clandestinement un époux au détriment de l'autre, alors, nous admettons que la justice qui est toujours chargée de prévenir ou réparer les violations indirectes de la loi, pourrait déclarer nulle une telle société qui ne serait point sincère. Mais il nous semble excessif de déclarer, a priori, nulle, toute société entre époux, alors même qu'aucun des buts illicites que nous avons énumérés, n'y apparaîtrait. La loi ne frappe pas ainsi aveuglément et sans le dire, une convention qui peut être la plus honnête et la plus utile du monde, par cela seul, qu'en certains cas elle pourrait voiler une fraude (1) ».

D'après l'arrêt de la Cour de cassation que commente cette note, une société entre époux avait été loyalement formée, sans aucune intention de faire fraude à la loi, elle avait entretenu longtemps l'aisance dans la famille, elle

(1) Note de M. Labbé sous Cass., 6 février 1888, S. 90-1-49, — Dans le même sens, Pont traité des Sociétés, T. I, n° 36 et s. — Laurent, T XXVI, n° 140.

n'avait servi à déguiser aucune libéralité, rien n'avait été bouleversé dans le rôle prédominant réservé au mari comme chef de l'association conjugale, la nullité n'avait été invoquée que longtemps après la cessation des causes qui auraient pu la motiver, et cela, sous l'influence de dissentiments survenus, n'ayant aucun rapport avec les griefs ou les reproches que les juristes relèvent contre la société en nom collectif entre époux ; néanmoins, la Cour de cassation la déclara nulle, mais tempéra cette nullité, en la décidant couverte par une ratification et une exécution complète ayant eu lieu après le décès du mari.

Cette concession aux principes posés par la jurisprudence, était peut-être due à la sincérité de l'opération, mais nous ne comprenons pas comment ceux qui voient là une nullité d'ordre public, (ce que l'arrêt s'abstient avec soin de déclarer), pourraient concilier l'idée de nullité d'ordre public avec l'idée de ratification.

Du reste, la jurisprudence n'est pas absolument unanime dans la prohibition du contrat de société entre époux, et nous trouvons quelques décisions, notamment un arrêt de la Cour d'Amiens, rendu dans un sens tout à fait conforme à la théorie que nous proposons.

La Cour d'Amiens décida, par un arrêt du 3 avril 1851 (1), qu'une femme mariée sous le régime de la communauté peut valablement contracter une société de commerce en nom collectif avec son mari.

(1) S. 51-2-312.

« Attendu, dit l'arrêt, qu'il n'est ni contesté, ni contestable, que la femme habile à faire le commerce, peut le faire en société avec un étranger, et que cela devrait ne pas permettre de douter qu'elle peut le faire en société avec son mari, que non seulement la prétention contraire serait repoussée à la fois par la raison et par la morale, mais qu'on peut ajouter que la gestion commerciale de la femme en société avec son mari, a encore en sa faveur l'avantage de garanties particulières qui résultent du concours et du contrôle de celui-ci ; que des considérations et des arguments aussi péremptoires ne pourraient évidemment céder qu'à une prohibition formelle ;

Attendu que la prohibition invoquée ne saurait résulter d'une prétendue incompatibilité entre la société conjugale et l'association commerciale des époux, et d'un conflit inextricable que leur réunion fait naître entre les règles de chacune d'elles, que pour écarter toute opposition de la possibilité de ce conflit, il suffit de considérer le caractère prééminent et inaltérable de la société conjugale, que la société commerciale, au contraire, en raison même de l'infériorité de son caractère, peut parfaitement admettre toutes les conditions ou restrictions que la qualité même des contractants ou tout autre intérêt d'ordre public peuvent lui imposer... »

Cet arrêt ne voit avec raison aucune opposition entre les principes qui gouvernent le mariage et ceux qui sont propres aux sociétés. Pourquoi, en effet, empêcher la femme de s'associer avec son mari, alors qu'elle peut, avec l'au-

torisation de celui-ci, faire le commerce avec un étranger, et que sa capacité en ce qui concerne son négoce est presque absolue ? Il serait téméraire, en l'absence d'un texte formel, d'accepter une pareille atteinte au principe de la liberté des conventions, et de sacrifier ainsi pour éviter des fraudes toujours possibles, tous les avantages que peut procurer la société, et sur lesquels nous aurons à revenir.

« A vrai dire, une fois la femme investie régulièrement de la qualité de commerçante, le code de commerce ne connaît plus la puissance maritale. Que devient alors l'argument qui lui refuse le droit de s'associer avec son mari par respect pour cette puissance ? Je ne crois pas davantage que la formation d'une société entre époux doive être condamnée comme dérogeant aux conventions matrimoniales. Il n'y a pas de dérogation au régime conventionnel des biens des époux, car l'actif social n'est ni commun ni propre, il est la propriété d'une tierce personne la société ; il se crée un patrimoine distinct des leurs, et qui ne peut être soumis à leur régime matrimonial. Ceci exclut jusqu'à la possibilité d'une violation du contrat de mariage. Les biens sociaux lui échappent quand les deux époux s'associent, comme ils lui échapperaient si chacun d'eux se mettait en société avec un tiers (1) ».

(1) M. Planiol, *Revue critique*, 1888, p. 273. — Cette argumentation ne vise que les sociétés commerciales proprement dites, et les sociétés civiles à forme commerciale. Elle ne s'applique aux sociétés civiles que si l'on admet qu'elles ont la personnalité

Fidèle à notre principe de ne pas étendre arbitrairement les incapacités, nous acceptons donc la société entre époux (1).

Il y a de très sérieuses raisons d'utilité qui militent dans le sens de cette permission, car la société est un contrat de production et d'enrichissement.

Elle répond donc parfaitement au but du mariage avec communauté, qui est l'enrichissement par le concours de l'activité des époux.

Il est très légitime, que des conjoints en vue de l'amélioration du sort commun par la collaboration, essaient par la réunion annoncée aux tiers de leurs efforts et de leur crédit, de faire avec le public des contrats avantageux (2).

La société stipulée au contrat de mariage ne fait pas

juridique. — A propos des sociétés commerciales, on a prétendu que la société entre époux violerait les art. 220 C. Civ. et 5 C. Com. d'après lesquels la femme n'est réputée que la préposée de son mari lorsqu'elle ne fait pas un commerce séparé. Mais cette présomption doit céder devant un acte formel, comme l'est un acte de société. Elle n'a été édictée, en effet, que pour empêcher que les tiers ne soient trompés par le rôle véritable de la femme, car la simple collaboration de fait des deux époux, crée une équivoque à ce sujet, or, en face d'une société expresse, il n'y a plus d'équivoque possible.

(1) On admet cependant que les époux ne pourraient pas constituer entre eux une société universelle de tous biens, car cela violerait l'article 1395 et en outre, l'article 1840. Selon les travaux préparatoires, cette société est en effet un acte de libéralité mutuelle et réciproque interdit entre époux par l'article 1097.

(2) L'interdiction du contrat de société priverait les époux d'un précieux instrument de crédit.

double emploi avec la société particulière que contractent les époux. La première est le « réceptacle général de tous les gains », la seconde affecte certains biens à l'exercice et à la prospérité d'une industrie déterminée.

---

## CHAPITRE VI

### DU LOUAGE

---

*a. Louage de choses.* — Ce contrat valable en droit entre les époux, se trouvera souvent impossible en fait, par suite du régime matrimonial adopté, et à cause de l'obligation réciproque imposée aux conjoints d'habiter ensemble (1).

Le louage n'est guère possible que s'ils ont des biens séparés, c'est-à-dire, sous le régime dotal, ou sous la séparation de biens tant contractuelle que judiciaire. Pourquoi, en effet, une femme ou un mari séparés, n'auraient-ils pas le droit de se louer entre eux un appartement, une ferme, ou toute autre chose, comme ils pourraient le faire avec un tiers ?

Mais sous le régime de communauté, le droit de jouissance et d'administration qui appartient au mari sur tous les biens propres de sa femme, s'oppose à ce que le louage de choses puisse s'effectuer, puisque le mari serait à la fois

(1) M. Planiol, *Revue critique*, 1888, p. 273, voit donc une impossibilité accidentelle pour le louage.

preneur et bailleur. Les revenus comme les dépenses, sont recueillis et supportés par la masse commune, et il est inutile dans ces conditions de supposer qu'un contrat de louage puisse intervenir entre les époux. Un bail ne pourrait se concevoir sous ce régime, que si cette communauté était affectée de clauses restrictives laissant à la femme la jouissance et l'administration d'une partie de ses propres.

*b. Louage d'ouvrage ou de service.* — Il n'y a aucune raison de le prohiber entre époux, pouvu toutefois que les produits du travail personnel des conjoints ne tombent pas dans la masse commune en vertu du contrat de mariage. C'est ainsi qu'une actrice signerait valablement un engagement théâtral avec son mari directeur de théâtre.

---

## CHAPITRE VII

### DU PRÊT

---

La vie commune qui existe entre les époux rend impossible le prêt à usage ou commodat.

Quant au prêt ordinaire, il faut encore distinguer suivant le régime matrimonial. Sous la communauté, les époux n'ont pas de capitaux mobiliers personnels, Il existe bien des propres mobiliers, mais ces propres mobiliers qui consistent en choses fongibles comme de l'argent, des denrées, deviennent la propriété de la communauté sauf récompense (art. 587). Le droit de propriété de l'époux se transforme donc en un droit de créance contre la communauté pour leur valeur. C'est ce qu'on appelle des propres imparfaits.

Le prêt entre époux ne se conçoit donc guère, c'est pour ainsi dire la communauté seule qui jouerait à la fois le rôle des deux parties.

Sous le régime dotal, au contraire, la femme pourrait emprunter à son mari, lequel, du reste, n'acquerrait par cette obligation aucun droit sur les biens dotaux. Elle

pourrait aussi prêter à son mari sur la partie des biens dont elle a l'administration (1).

L'art. 1558 nous montre une hypothèse de prêt fait par la femme au mari. L'immeuble dotal peut être aliéné avec permission de justice et aux enchères « pour tirer le mari de prison. » Il s'agit ici de la prison pour dettes. (2) Cette hypothèse a perdu la majeure partie de son intérêt pratique depuis l'abolition de la contrainte par corps par la loi du 22 juillet 1867. Elle ne s'appliquerait que si la dette était née d'un délit, car la contrainte par corps subsiste alors, ou encore, s'il s'agissait de payer la rançon du mari prisonnier chez l'ennemi.

Le paiement fait par la femme au créancier n'est en somme qu'un prêt au mari.

Au contrat de prêt se rattache naturellement *la rente viagère*. L'un des époux peut stipuler de l'autre une rente viagère quand les revenus des conjoints ne tombent pas en communauté par suite du contrat de mariage. Mais ce contrat n'est pas de nature à se présenter bien fréquemment. C'est beaucoup plus souvent d'un tiers que les époux stipulent une rente viagère. Ils le font, en général, conjointement, avec clause de réversibilité sur la tête du survivant.

(1) D. 1823, 2-170.

(2) Caen, 28 mars 1881, S. 82-2-81.

## CHAPITRE VIII

### DU CAUTIONNEMENT

---

Deux solutions peuvent se présenter :

L'un des époux cautionne la dette de l'autre ; l'un des époux se porte caution d'un tiers vis-à-vis de son conjoint.

De ces deux hypothèses la première est hors de notre sujet. Le cautionnement consenti par l'un des époux pour garantir la dette de l'autre, n'est pas un contrat entre époux, puisque le contrat se forme alors entre le tiers créancier et l'époux caution. Le débiteur demeure étranger à l'opération. Ce qui le prouve bien, ce sont les termes de l'article 2014, al. 1. « On peut se rendre caution sans ordre de celui pour lequel on s'oblige, et même à son insu ». Il n'y a de véritable cautionnement entre époux, que dans le second cas, celui où l'un des époux se porte caution d'un tiers vis-à-vis de son conjoint. Le contrat intervient bien alors entre le créancier et la caution, et ce sont ici les deux époux qui sont parties à l'acte.

Cette hypothèse est, du reste, assez peu pratique. On a cité les exemples suivants ; un fils cautionne vis-à-vis de

sa mère la dette de son père ; une femme répond envers son mari de la dette d'un frère.

Aucune règle de droit ne s'oppose à la validité de ce contrat entre époux, le mari peut pleinement se porter caution d'une dette dont sa femme est créancière.

La femme ne peut être vis-à-vis de son mari une caution véritablement utile, que si elle a l'administration de ses biens, et la faculté d'en disposer. La personne qui s'engage comme caution paiera la dette entière si le débiteur ne le fait pas. Cela montre que la femme ne peut faire ce contrat avec son mari que si elle a des biens séparés. Ce contrat serait inutile sous un régime où le mari aurait l'administration de tous les biens personnels de sa femme.

---

## CHAPITRE IX

### DU CONTRAT D'HYPOTHÈQUE

---

Le mari peut-il contracter avec sa femme une obligation hypothécaire en garantie des créances qu'il peut avoir contre elle? (1). Voici, par hypothèse une femme séparée de biens qui emprunte à son mari, ou encore elle se trouve débitrice de la communauté, lors de sa dissolution survenue par un autre motif que la mort de l'un des époux. Le mari peut-il se faire constituer par elle une hypothèque?

Il semble que oui. On pourrait objecter que l'art. 1595 interdit la vente entre époux, et que, quand la loi prohibe la vente, elle formule en général une interdiction similaire d'hypothèque. Il faut répondre que le législateur n'a pas partout effectué cette assimilation, qu'il faut un texte pour qu'elle existe, et qu'au surplus le motif qui a fait prohiber la vente, c'est-à-dire la crainte des donations déguisées et

(1) Nous n'avons pas à examiner ici ce qui concerne l'hypothèque légale de la femme, cette question est en dehors de notre sujet.

irrévocables ne se retrouve pas ici. Le contrat d'hypothèque entre époux est donc valable, la femme autorisée de son mari peut garantir sa dette vis-à-vis de lui par une hypothèque. Une restriction résulterait, cela va sans dire, des principes du régime dotal. L'hypothèque tend à aboutir à l'expropriation, à la saisie, et les biens dotaux n'en sont pas susceptibles.

*Réduction de l'hypothèque légale de la femme mariée.*

— L'hypothèque légale de la femme est générale (art. 2122), c'est-à-dire porte sur tous les immeubles du mari. Par cela même, il y aura souvent une grande disproportion entre l'importance du gage hypothécaire, et celle des créances de la femme qu'il s'agit de garantir.

De ce fait, le crédit du mari peut se trouver très gravement atteint ; aussi la loi lui permet-elle d'arriver à proportionner l'étendue de la garantie qu'il doit présenter à sa femme avec les créances de celle-ci.

C'est l'objet de la restriction et de la réduction de l'hypothèque légale. La restriction est le cantonnement de l'hypothèque opéré dès l'origine, dans le contrat de mariage même (art. 2140). La réduction est un dégrèvement fait après coup pendant le cours de mariage.

C'est dans ce second cas seulement, qu'il y a contrat entre époux. L'art. 2144 dit en effet : « Pourra le mari, *du consentement de la femme*, et après avoir pris l'avis des quatre plus proches parents d'icelle, demander que l'hypothèque générale sur tous ses immeubles pour raison de la

dot, reprises et conventions matrimoniales, soit restreinte aux immeubles suffisants pour la conservation entière des droits de la femme. » Ces précautions minutieuses exigées par la loi, s'expliquent par la gravité particulière de l'acte qu'il s'agit pour la femme de consentir au profit du mari. Mais, sous les conditions énoncées au texte, la femme pourra donner son consentement quelque soit le régime sous lequel elle est mariée, même le régime dotal (1)

(1) Bordeaux, 4 août 1891, sous Cass., D. 91-1-113. — S. 94-1-335. Bien qu'il s'agisse là d'un cas prévu par un article de loi; nous avons préféré en parler ici, pour traiter en même temps tout ce qui se réfère à l'hypothèque.

---

## CHAPITRE X

### DE LA TRANSACTION

---

C'est un contrat destiné à mettre fin à des contestations nées ou à naître. La transaction étouffe en germe les procès, et cette utilité est si grande, qu'elle avait fait insérer en tête de la loi sur l'organisation judiciaire de 1790 reproduite dans la constitution de l'an III, cette déclaration que « le législateur s'interdit de faire aucune disposition qui tendrait à diminuer soit la faveur soit l'efficacité des transactions ». Aussi le Code art. 2045 avait-il, comme nous l'avons vu au début de ce travail, prévu expressément un cas de transaction entre époux. Le contrat de transaction doit être, d'une façon générale, autorisé entre époux, on a objecté, il est vrai, que selon l'art. 2045 « pour transiger, il faut avoir la capacité de disposer des objets compris dans la transaction ». Transiger c'est aliéner, dès lors, dit-on, l'art. 1595 est applicable, et la transaction est interdite entre époux (1).

Ce raisonnement est très contestable. Il ne faut pas en

(1) Troplong de la Transaction.

effet, confondre la faculté de disposer et celle de vendre. La faculté de disposer est bien plus générale, et il est bien certain que l'on peut disposer autrement que par vente.

Est-ce à dire que la femme pourra toujours transiger avec son mari ? Cela dépend du régime adopté par son contrat de mariage. « La femme mariée sous le régime dotal, ne peut, même avec l'autorisation de son mari, renoncer par une transaction à des droits sur des biens compris dans sa dot, si ces mêmes biens n'ont pas été déclarés aliénables par le contrat de mariage, il ne paraît même pas que la justice puisse l'autoriser à transiger sur de tels droits » (1).

La femme ne peut en effet transiger que si elle a l'administration et la disposition de ses biens (art. 2045). Mais ces conditions remplies, elle peut transiger avec son mari, comme elle pourrait le faire avec un tiers.

---

(1) Duranton, T. XVIII, n° 407.

## CONCLUSION

---

Le principe général adopté par notre Code en matière de contrats entre époux est donc la liberté, sauf la prohibition qui frappe le contrat de vente. L'échange doit être compris dans la même interdiction, tant à cause de la nature très proche de ces deux contrats, que par le renvoi formel que l'art. 1707 fait aux règles prescrites pour le contrat de vente.

Mais, hors ces deux exceptions, tous les contrats entre époux doivent être permis, même la société, et bien que la jurisprudence se consolide de plus en plus dans le sens de l'interdiction.

Il est à remarquer que les législations étrangères les plus récentes, tendent toutes vers la règle de la liberté complète des contrats entre époux. Que l'on parcoure le Code civil russe de 1887, le Code civil autrichien ou encore le Code civil allemand de 1900 (1), on ne trouve aucune

(1) Notons ici l'article 1357 qui confère formellement à la femme un mandat tacite pour les affaires du ménage. « La femme a le

restriction de la nature de celle apportée par notre loi française dans l'art. 1595.

Il est à observer aussi que dans ces législations, la donation elle-même se trouve régie entre époux par les mêmes règles qu'entre toutes autres personnes.

Signalons, en terminant, le système du Code italien.

Il prohibe les donations entre époux (art. 1054), mais ne défend pas le contrat de vente. Seulement, cet acte doit être considéré comme un de ceux qui peuvent mettre les époux en conflit, en opposition d'intérêt, en sorte qu'il est assujetti à l'autorisation de justice. C'est la disposition de l'art. 136 du Code civil italien.

droit dans la sphère de sa maison, de prendre soin des affaires du mari, et de le représenter. Les actes juridiques qu'elle fait dans cette sphère, valent comme s'ils étaient accomplis par le mari, à moins que les circonstances n'indiquent le contraire. Le mari peut restreindre le droit de sa femme ou l'exclure. Si la restriction ou l'exclusion constitue un abus de son droit, elles peuvent, à la requête de la femme, être levées par le tribunal des tutelles. Vis à vis des tiers, la restriction ou l'exclusion ne sont valables que conformément à l'article 1435 (inscription sur le registre matrimonial, ou connaissance de fait). »

Vu :

*Le Président de la thèse,*

SALEILLES.

Vu :

*Le Doyen,*

GLASSON.

Vu et permis d'imprimer :

Paris, le 18 mai 1900,

*Le Vice-Recteur,*

GRÉARD.

---

# TABLE DES MATIÈRES

---

|                        | Page |
|------------------------|------|
| INTRODUCTION . . . . . | 1    |

## PREMIÈRE PARTIE

### **Théorie générale des contrats entre époux.**

|                                                           |    |
|-----------------------------------------------------------|----|
| I. — Des contrats entre époux en droit romain . . . .     | 3  |
| II. — Des contrats entre époux dans l'ancien droit . . .  | 4  |
| III. — Des contrats entre époux sous le code civil. . . . | 8  |
| APPENDICE . . . . .                                       | 31 |

## DEUXIÈME PARTIE

### **Contrats expressément prévus par le code.**

|                                                                                                     |    |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| CHAPITRE I. — Dation en paiement : 1 <sup>o</sup> , 2 <sup>o</sup> , 3 <sup>o</sup> . . . .         | 35 |
| CHAPITRE II. — De l'Echange . . . . .                                                               | 69 |
| CHAPITRE III. — Rétablissement des conventions matrimoniales après la séparation de biens . . . . . | 75 |
| CHAPITRE IV. — Du mandat. . . . .                                                                   | 84 |

TROISIÈME PARTIE

**Contrats passés sous silence par le code.**

|                                          |     |
|------------------------------------------|-----|
| CHAPITRE V. — Société . . . . .          | 100 |
| CHAPITRE VI. — Louage . . . . .          | 112 |
| CHAPITRE VII. — Prêt . . . . .           | 114 |
| CHAPITRE VIII. — Cautionnement . . . . . | 116 |
| CHAPITRE IX. — Hypothèque . . . . .      | 118 |
| CHAPITRE X. — Transaction . . . . .      | 121 |
| CONCLUSION . . . . .                     | 123 |







